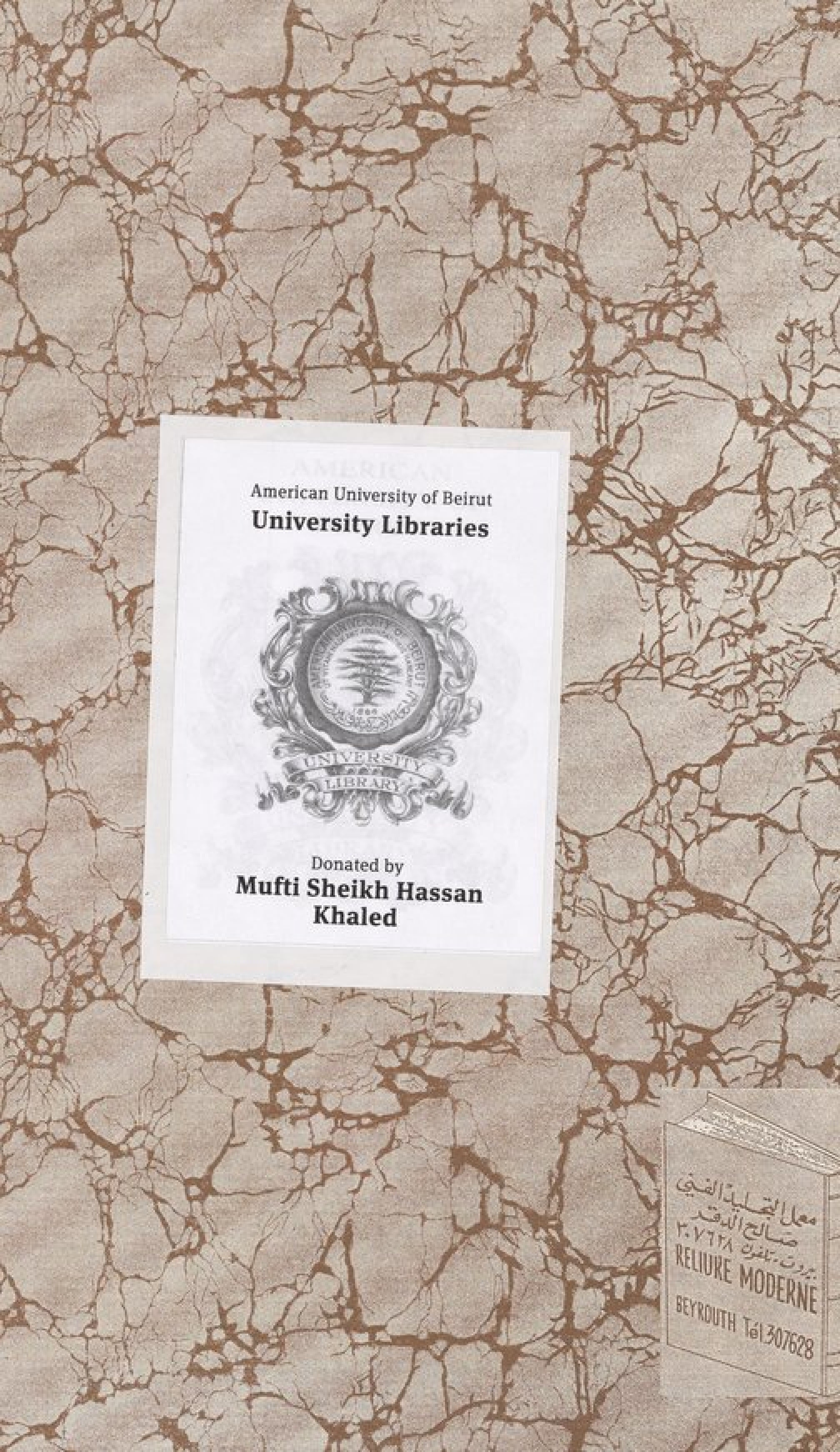


American University of Beirut
University Libraries
UNIVERSITY
LIBRARY
Donated by
Mufti Sheikh Hassan Khaled
معمل التجليد الفني
صالح الدقد
بيروت - تلفون ٣٠٧٦٢٨
RELIURE MODERNE
BEYROUTH Tél 307628



خالد

مصادر الحق

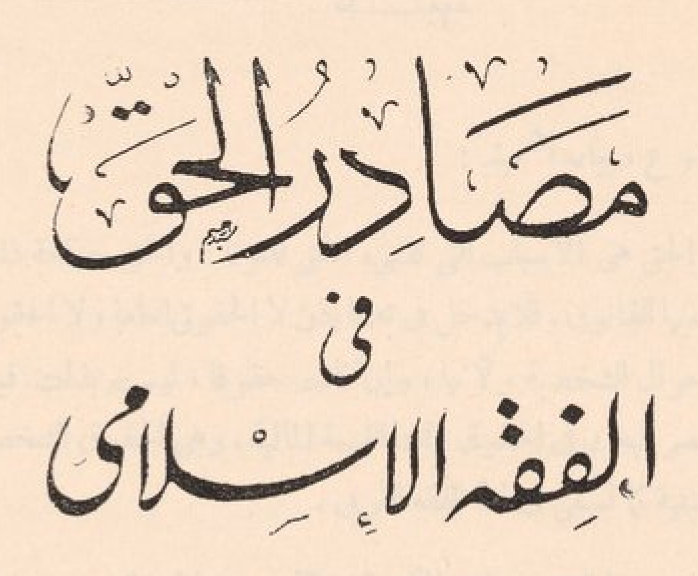
فى

الفقه الإسلامى

دار الهنا للطباعة والنشر ت : ٤١١٢٧

جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية



دراسة مقارنة بالفقه الغربى

(١)

مقدمة — صيغه العقد

ألقاها

عبد الرزاق السنهورى

(على طلبة قسم الدراسات القانونية)

١٩٥٣ — ١٩٥٤

١٩٥٤

تمهيد

تحديد الموضوع وبيان أهميته :

مصادر الحق هى الأسباب التى تنشىء الحق قانوناً . والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون . فلا يدخل فى بحثنا إذن لا الحقوق العامة ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية ، لأنها ، وإن كانت حقوقا ، ليست بذات قيمة مالية . وينحصر البحث فى الحقوق ذات القيمة المالية ، وهى الحقوق الشخصية والحقوق العينية كما تسمى فى لغة الفقه الغربى .

والموضوع بهذا التحديد بالغ الأهمية . فالتمييز بين الحق الشخصى والحق العينى تمييز جوهرى فى الفقه الغربى ، بل هو بمثابة العمود الفقرى فى القوانين الغربية التى اشتقت من القانون الرومانى . ومصادر الحق ، سواء كان الحق شخصياً أو عينياً ، من أدق الموضوعات وأكثرها غموضاً فى الفقه الغربى . فنحن إذن نعمد إلى موضوع هو من أهم الموضوعات وأدقها فى الفقه الغربى نحاول أن نعالجه فى الفقه الإسلامى . وبذلك نضع الفقه الإسلامى إلى جانب الفقه الغربى فيما هو هام جوهرى ، وفيما هو دقيق خفى . ونعالج الفقه الإسلامى بأساليب الفقه الغربى . فنبحث هل يوجد فى الفقه الإسلامى حق شخصى وحق عينى بالمعنى المعروف فى القوانين الغربية المشتقة من القانون الرومانى ؟ وهل يمكن تقصى مصادر الحقوق الشخصية ومصادر الحقوق العينية ؟ وهل يمكن إرجاع هذه المصادر جميعاً إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانونى (acte juridique) والواقعة القانونية (fait juridique) بالمعانى والحدود المعروفة فى القوانين الغربية ؟

هذا ما سنحاول معالجته فى هذا البحث . ولا شك فى أن دقة الموضوع

تقتضى إعادة البحث مرة بعد أخرى . فلن تكون هذه المرة الأولى إلا تمهيداً للمرات التى ستأتى بعدها بمشيئة الله .

خطة البحث :

ونراعى فى بحثنا هذا الأمور الآتية :

(أولا) لا يعنينا أن نحشد طائفة من المعلومات الفقهية والقانونية أكثر من أن نرسم طريقة بحث علمية صحيحة .

(ثانياً) إذا كنا سنجرى فى بحثنا على أساليب الفقه الغربى ، فإن المصادر التى سنستند إليها هى المصادر الإسلامية ، بل هى المصادر الأولى فى الفقه الإسلامى ، فنرجع إلى أمهات الكتب المعتمدة فى المذاهب المختلفة ، وننقل النصوص ذاتها كما وردت فى هذه الكتب ، ونرجع كذلك عند الحاجة إلى كتب الفقهاء المحدثين (١) ، وبحوثهم وإلى المستشرقين ممن كتبوا فى الفقه الإسلامى (٢) .

(ثالثاً) لن يكون همنا فى هذا البحث إخفاء ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى من فروق فى الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك سنعنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامى بطابعه الخاص . ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى على أسس موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم له صنعة يستقل بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته . وتقضى الدقة والأمانة العلمية

---

(١) نقصد بالفقهاء المحدثين الفقهاء الذين كتبوا فى الفقه الاسلامى فى عصرنا هذا وبسطوا مسائله فى لغة قريبة الى مدارك هذا العصر ليقربوها الى أذهان الدارسين . وهى مدرسة تنتظم طائفة من رجال الفقه ادوا الى الفقه الاسلامى خدمة جليلة بما نشروا من متون وشروح وبحوث ولعلنا لانخطىء اذا اعتبرنا المغفورله محمد قدرى باشا زعيم هذه المدرسة او هو رائدها الاول .

(٢) علماء الغرب الذين كتبوا فى الفقه الاسلامى كثيرون . ولكن غالبيتهم مستشرقون من غير رجال القانون ، وقلتهم من رجال القانون غير المستشرقين ، ويندر ان نجد فيهم مستشرقا من رجال القانون .

علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن فى هذا أشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الاسلامى من الفقه الغربى ، ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامى قريبا من الفقه الغربى ، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامى قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع ، وهو جانب للفقه الإسلامى منه حظ عظيم .

(رابعاً) وسنحاول بقدر ما يتهيأ لنا من الأسباب أن نحدد اتجاه الاجتهاد الفقهى فى مراحله المتعاقبة ، حتى نتبين من وراء ذلك سير هذا الاجتهاد ، فنتابعه فى تطوره إلى حيث يقف بنا فى آخر خطواته ، ثم ننظر إلى أين كان يصل لو أنه تابع تطوره ، ونفعل ذلك فى كثير من الأناة والحرص .

وسنقدم لبحثنا هذا بكلمة فى الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الإسلامى واستقصاء مصادر كل منهما ، حتى نردها جميعا إلى التصرف القانونى والواقعة القانونية . ثم نجعل البحث فى قسمين ، نفرد القسم الأول منهما للتصرفات القانونية وأهمها العقد ، ونستعرض فى القسم الثانى الوقائع القانونية .

مقدمة

الحق الشخصي والحق العيني ومصادر كل منهما

في الفقه الإسلامي

الحق والرخصة في الفقه الغربي — منزلة وسطى :

سبق أن عرفنا الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون . وقبل أن ننتقل إلى تقسيم الحق إلى شخصي وعيني ، نشير إلى الفرق بين الحق والرخصة .

فالحق هو ما عرفناه . أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة ، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة . ذلك أن الشخص ، في حدود القانون ، له حرية العمل والتنقل والتعاقد والتملك وغير ذلك من الحريات العامة . فإذا وقفنا عند واحدة من هذه الحريات ، حرية التملك مثلا ، أمكن أن نقول ، في سبيل المقابلة ما بين الحق والرخصة ، إن حرية التملك رخصة أما الملكية فحق .

وما بين الرخصة والحق توجد منزلة وسطى ، هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق . ونستبقي مثلنا السابق وهو حرية التملك . فحق التملك وحق الملك ، الأول رخصة والثاني حق . وما بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يتملك . فلو أن شخصا رأى داراً أعجبته ورغب في شرائها ، فهو قبل أن يصدر له إيجاب البائع بالبيع ، كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها ، فهذه رخصة . وبعد أن يصدر منه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار ، وهذا حق . ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب في منزلة وسطى بين الرخصة والحق بالنسبة إلى الدار . فهو من جهة ليس له فحسب مجرد رخصة في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها . وهو من جهة أخرى لم يبلغ أن

يصبح صاحب الملك فى الدار . بل هو بين بين . له أكثر من رخصة التملك وأقل من حق الملك . له الحق فى أن يتملك . إذ يستطيع بقبوله البيع ، أى بإرادته وحده ، أن يصبح مالـكا للدار .

ولم يصل الفقه الغربى إلى تبين هذه المنزلة الوسطى إلا حيث ارتق ووصل فى الرقى إلى مرحلة بعيدة . نرى ذلك فى الفقه الجرمانى الحديث . ويدعو الفقيه فون تور (Von Tuhr)[١] هـــذه المنزلة الوسطى « بالحق المنشىء » (droit formateur) ، ويعرفه بأنه « مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانونى خاص ، فى أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته »[٢] . ويأتى بأمثلة لهذا الحق المنشىء يذكر منها : حق من وجه إليه الإيجاب ، وحق المسترد فى أن يسترد الحصة المبيعة ، وحق البائع وفاء فى أن يسترد المبيع ، وحق الشفيع فى أن يأخذ بالشفعة .

هذه المنزلة الوسطى يعرفها الفقه الإسلامى :

نبه إلى وجود هذه المنزلة الوسطى فى الفقه الإسلامى الأستاذ شفيق شحاته فى كتابه فى « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية »[٣] ، إذ يستعرض المقبوض فى الدين المشترك ، وهو الدين الذى يملكه أكثر من دائن واحد فإذا قبض أحد الدائنين شيئاً منه ، كان للباقى حق فى المقبوض هو هذه المنزلة الوسطى . ويقول فى هذا الصدد : « المقبوض هو إذن ملك القابض خاصة ، على أن للدائن الشريك حقاً ثابتاً فى الشىء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدى الغير ... هذا الحق هو إذن حق شبه عينى ، فصاحبه ليس له

---

(١) جزء أول ص ١٩ — ص ٢١ .

(٢) وهذا ما يقول بلفظه .

«La faculté appartenant a une personne, en raison d'une situation Juridique spéciale, de produire, par sa seule volonté; un effet juridique»

(٣) ص ٢٦٥ — ص ٢٦٧ .

حق ملكية ، بل حق فى أن يتملك ، ولهذا الحق نظائر فى الشرع » . وإذ اكنا لا نشارك الأستاذشفيق شحاته فى تكييف هذا الحق بأنه « شبه عينى » ، ونرى أنه ليس حقاً بل هو منزلة وسطى بين الحق والرخصة كما أسلفنا القول ، إلا أننا نتفق معه فيما ذهب إليه من أن للدائن الشريك حقاً ما فى الشيء المقبوض ، ليس مجرد رخصة وليس حق ملك كامل ، ولكنه حق فى أن يتملك نصيبه فى الشيء المقبوض إذا هو أعلن إرادته فى ذلك . وقد وجد الأستاذ شفيق شحاته نظائر لهذا « الحق » فى الشرع الإسلامى . من ذلك حق المجنى عليه فى العبد الجانى ، فإنه بدفع العبد يصبح مملوكا للمجنى عليه ، على أنه إذا تصرف المولى فى العبد قبل الدفع ينقلب حق المجنى عليه إلى مجرد تعويض . ومن ذلك أيضاً من وقع فى سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان ملكا له ، فلمولاه الأول أخذه بالقيمة ، فإن تصرف فيه الذى وقع فى قسمه جاز تصرفه ولم يكن للمولى فسخه .

ومما يقطع فى وجود هذه المنزلة الوسطى فى الفقه الإسلامى أن القرافى فى « الفروق » يقابل ، فى عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة ، فيقول عن صاحب الرخصة « من ملك أن يملك » ، وعن صاحب المنزلة الوسطى « من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك » ، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقا ويجعل الثانى محلا للنظر . وننقل ما يقوله فى هذا الصدد :

« أعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ، قولان ... وليس الأمر كذلك بل هذه القاعدة باطلة ... وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين ! وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجرى فى وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها ! والإنسان مالك أن يملك خادما أو دابة ، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكا لهما فيجب عليه كلفتهما ومؤونتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة ! بل هذا

لايتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه . وكذلك الإنسان يملك أن يشترى أقاربه ، فهل يعده أحد من الفقهاء مالكا لقريبه فيعتقه عليه قبل شرائه على أحد القولين فى هذه القاعدة على زعم من اعتقدها ! بل هذا كله باطل بالضرورة . ونظائر هذه الفروع كثيرة لاتعد ولا تحصى ، ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة . بل القاعدة التى يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف فى بعض فروعها لا فى كلها ، أن من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك ؟ قد يختلف فى هذا الأصل فى بعض الفروع ، ولذلك مسائل : (المسألة الأولى) إذا حيزت الغنيمة فقد انعقد للمجاهدين سبب المطالبة بالقسمة والتمليك ، فهل يعدون مالكين لذلك أم لا ؟ قولان ، فقيل يملكون بالحوز والأخذ وهو مذهب الشافعى رضى الله عنه ، وقيل لايملكون إلا بالقسمة وهو مذهب مالك رحمه الله . . . (المسألة الرابعة) الشريك فى الشفعة إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضى المطالبة بأن يتملك الشخص المبيع بالشفعة ، ولم أر خلافا فى أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضى أن يملك من بيت المال مايستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق ، كالجهاد والقضاء والفتيا والقسمة بين الناس أملاكهم وغير ذلك مما شان الإنسان أن يعطى لأجله ، فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك ، أو يجب عليه القطع لأنه لايعد مالكا وهو المشهور ؟ قولان . فهذه القاعدة على مافيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التمليك فى تمشيتها عسر لأجل كثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقاً من غير جريان سبب يقتضى مطالبته بالتمليك ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهرة البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة . أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب ، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة

فى الشريعة . أما مجرد ماذكروه فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك فى غاية البعد عن المناسبة ، فلا يمكن جعله قاعدة »[1] .

ويتبين مما نقلناه عن القرافى أنه يميز بين أوضاع ثلاثة :

(أولا) وضع من ملك أن يملك ، كمن ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادما أو دابة ومن ملك أن يشترى أقاربه إذا كانوا عبيداً . هؤلاء جميعا لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة ، ولا على الثانى الصداق والنفقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة ، ولا على الرابع العتق . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربى أن هؤلاء جميعا ليس لهم حق الملك ، وإنما لهم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق .

(ثانيا) وضع من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ، كما فى حيازة الغنيمة بالنسبة إلى المجاهدين وفى بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفى بيت المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك . هؤلاء أيضا ، على خلاف فى الرأى ، لا يملكون بمجرد جريان السبب الذى يقتضى المطالبة بالتمليك . فالمجاهد لا يملك الغنيمة إلا بالقسمة ، والشفيع لا يملك الشخص المبيع إلا إذا أخذ بالشفعة . والفقير لا يملك شيئا من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب عليه الحد . وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربى أن هذه هى المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فهى دون الملك وفوق الرخصة .

(ثالثا) وضع من جرى له سبب الملك ، كمن اشترى أرضا أو شفع فى دار ، فهذا هو الذى له حق الملك .

* * *

والذى يعنينا فى بحثنا هذا هو الحق ذاته ، لا الرخصة ولا هذه المنزلة الوسطى . ونبحث فى هذا الصدد مسألتين :

(١) الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الإسلامى .

(٢) حصر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، شخصيا كان الحق أو عينيا .

---

(١) الفروق للقرافى جزء ٣ ص ٢٠ — ص ٢١ .

§ ١

الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الإسلامى

الحق، فى الفقه الغربى المشتق من القانون الرومانى ، إما شخصى أو عينى فالحق الشخصى أو الالتزام هو رابطة مابين شخصين دائن ومدين ، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شىء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . والحق العينى هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات .

فهل فى الفقه الإسلامى نظير للحق الشخصى وللحق العينى بالمعنى الذى قدمناه ؟ ننظر ذلك فى مبحثين متعاقبين ، أولهما للحق الشخصى أو الالتزام والثانى للحق العينى .

(أولا) الحق الشخصى أو الالتزام

التعبير مستعار من الفقه الغربى :

الحق الشخصى أو الالتزام تعبير استعرناه من الفقه الغربى ، وإلا فالفقه الإسلامى لايرد فيه عادة هذا التعبير . وسنرى أن سبب ذلك يرجع إلى أن مانسميه بالحق الشخصى أو الالتزام يشتمل فى الفقه الإسلامى على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض ، ولم يحاول علماء الفقه الإسلامى أن يدمجوا هذه الروابط فى وحدة تنتظمها جميعا فيعبروا عنها بالحق الشخصى أو الالتزام .

يستعمل فقهاء الشرع الإسلامى فى بعض الحالات لفظ «الحق» ، ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية ، فيقولون حق الله وحق العبد . ويستعملون لفظ «الحقوق» ، ويريدون به فى حالات حقوق الارتفاق ، وفى حالات أخرى ماينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذى يعتبر حكم العقد ، فعقد البيع

حكمه نقل ملكية المبيع وحقوقه تسليم المبيع ودفع الثمن . ويستعملون أحيانا لفظ « الالتزام » ، ويريدون به غالبا الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة ، ونادرا الالتزامات التي تنشأ عن العقد . أما الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد أو التي تنشأ عن المسئولية العقدية ، أي الالتزامات التي تنشأ عن المسئولية بوجه عام ، تقصيرية كانت أو عقدية ، فتسمى بالضمانات .

فإذا أردنا أن نورد تعبيرا فقهيا يقابل لفظ « الالتزام » بالمعنى المعروف في الفقه الغربي ، وجب أن نستعمل تعبيرين هما « الالتزام » و« الضمان » ، ولا نكون بعد ذلك قد استنفدنا جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرها المختلفة . فلنقتصر إذن على لفظ « الالتزام » بمعناه المعروف في الفقه الغربي.

الالتزام يشتمل على روابط قانونية متعددة :

قدمنا أن الالتزام يشتمل على عدة من الروابط المتميزة بعضها عن بعض في الفقه الإسلامي . ويمكن القول إن هذه الروابط لا تقل عن أربع . فهناك : (١) التزام بالدين (٢) والتزام بالعين (٣) والتزام بالعمل (٤) والتزام بالتوثيق .

الالتزام بالدين :

فالالتزام بالدين ، أو الدين فحسب ، هو التزام محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية . وهذا هو الذي يتعلق بالذمة . وعرّف صاحب « مرشد الحيران » الدين بأنه ما وجب في ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب (م ١٦٨) .

والصحيح أن مصادر الدين تزيد على ما ذكره « مرشد الحيران » . فهي أولا العقد ، كالقرض يلتزم به المقترض أن يرد للمقرض مبلغا من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها منه ، وكالبيع إذا كان الثمن نقوداً أو أشياء مثلية يلتزم به المشتري أن يدفع هذا الثمن للبائع ، أما التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري فهذا التزام بالعين كما سنرى . وهي ثانيا الإرادة المنفردة ، كالنذر

والهبة والوصية ، إذا كان محل ذلك نقوداً أو مثليات . وهى ثالثا العمل غير المشروع ، ولا يقتصر ذلك على الغصب كما ذكر صاحب « مرشد الحيران » . فكل ضمان ينشأ عن غير العقد ، كغصب أو سرقة أو إتلاف ، يكون محله عوض الشيء المضمون . وهذا العوض إما أن يكون مبلغا من النقود هى قيمة الشيء المضمون إذا كان قيميا ، وإما أن يكون جملة من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثليا . وهى رابعا الإثراء بلا سبب فى بعض الحالات ، فمن دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق (م ٢٠٧ مرشد الحيران) ، فإذا كان هذا الشيء نقودا أو مثليات كان الرجوع بدين متعلق بالذمة . وهى خامسا الشرع ذاته ، كالالتزام بالنفقة ومحله عادة مبلغ من النقود فهو دين متعلق بالذمة .

الالتزام بالعين :

والالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان .

ومن مصادر الالتزام بالعين الارادة المنفردة كالوصية بعين معينة ، والعمل غير المشروع كغصب عين ينشىء التزاما بردها ، أما إذا هلكت العين فإن الالتزام بها يتحول إلى التزام بدين هو رد القيمة أو المثل ، والإثراء بلا سبب كالوفاء بعين غير واجبة فعلى المستوفى رد العين . على أن أكثر حالات الالتزام بالعين يكون مصدرها العقد . فالبيع إذا وقع على عين معينة بالذات ينشىء التزاما على البائع بتمليكها للمشترى ، والأولى فى الفقه الإسلامى أن يقال إن العقد ينقل الملك دون أن يسبق ذلك أى التزام . وإيجار العين ينشىء التزاما على المؤجر بتمليك منفعة العين للمستأجر . وكل من البيع والايجار ينشىء التزاما بتسليم العين المبيعة للمشترى أو بتسليم العين المؤجرة

للمستأجر . والوديعة تنشىء التزاما على المودع عنده بحفظ العين المودعة (١).

الالتزام بالعمل :

والالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار .

فالاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه معين مادته من الصانع (٢) وتجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل ، مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته . والأجير قسمان ، خاص ومشترك ، فالأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص معين مع اشتراط التخصيص عليه ، وليس له أن يعمل في مدة الاجارة لغير مستأجره . والأجير المشترك هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص كالصانع والمقاول . فالأجير الخاص يؤجر كل وقته للعمل ، أما الأجير المشترك فيؤجر نفسه لعمل معين (٣)

الالتزام بالتوثيق :

والالتزام بالتوثيق محله كفالة التزام ، ومصدره عقد الكفالة . وقد يكون الالتزام المكفول به التزاما بالدين أو التزاما بالعين ويدخل في ذلك الالتزام

---

(١) وقد عدد صاحب مرشد الحيران حالات الالتزام بالعين التي يكون مصدرها العقد في المواد من ٢٦٣ الى ٢٦٥ على الوجه الاتي :

م ٢٦٣ — يصح ان يرد العقد على الاعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض او بغير عوض .

م ٢٦٤ — يصح ان يرد العقد على الاعيان لحفظها وديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا ورد بدلها (ويلاحظ هنا أن الالتزام الناشيء من الاستهلاك بالقرض هو التزام بدين لا بعين) .

م ٢٦٥ — يجوز ورود العقد على منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة ، أو بغير عوض اعارة ، ورد عينها لصاحبها (وقد اغفل صاحب مرشد الحيران النص على الالتزام بالتسليم)

(٢) وقيل انه ينعقد على العين لا على عمل الصانع ، فيكون التزاما بعين لا التزاما بعمل ، حتى ان الصانع لو جاء بشيء من صنع غيره موافق للاوصاف الزم به المستصنع . ولكن الصحيح أن العقد ينعقد على عمل الصانع لا على العين ، فهو التزام بعمل لا التزام بعين .

(٣) انظر المادة ٢٦٦ من مرشد الحيران .

بالتسليم على الوجه الذى سنبينه فيما بعد . وهناك الكفيل بالنفس ، والمكفول به فى هذه الحالة هو إحضار المكفول ، ويبرأ الكفيل بتسليمه المكفول للمكفول له ، حيث تمكنه مخاصمته ولو فى غير مجلس الحكم مالم يشترط تسليمه فيه .

ومن ذلك نرى أن الالتزام بالتوثيق إما أن يكون التزاما تبعيا لالتزام بدين أو بعين ، وإما أن يكون التزاما أصليا فى الكفالة بالنفس .

الدين والعين :

هذه هى أنواع الالتزام المختلفة ، يتميز بعضها عن بعض كما رأينا ، ولا يدبجها فقهاء الشرع الإسلامى فى نوع واحد يسمونه الالتزام كما يفعل الفقه الغربى . ومن بين هذه الأنواع المتعددة ليس إلا الالتزام بالدين هو الذى يتعلق بذمة المدين ، أما الالتزامات الأخرى فلا تتعلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى التزامات بدين على الوجه الآتى :

فى الالتزام بتمليك العين أو منفعتها ينتقل الملك فى الحال ، فلا تتحقق صورة يتعلق فيها الالتزام دينا فى الذمة . وقد قدمنا أن هذا لا يعد التزاما فى الفقه الإسلامى ، فالعقد هو بذاته الذى ينقل الملكية .

وفى الالتزام بتسليم العين أو بحفظها قد يتحقق سبب الضمان فى بعض الحالات ، فيتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع قيمة العين ، فيكون دينا متعلقا بالذمة .

وفى الالتزام بالعمل قد يستأذن القاضى فى بعض الحالات أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين ، فيتحول الالتزام دينا فى الذمة بقدر هذه النفقة .

وفى الالتزام بالتوثيق إذا كانت الكفالة بدين كانت هى أيضا دينا يتعلق بالذمة ، وإذا كانت الكفالة بعين فانها تتحول إلى دين بتحول الالتزام المكفول به . أما الكفالة بالنفس ، وهى التزام أصلى ، فلا تتحول إلى دين يتعلق بالذمة بل إن جزاءها ، إذا لم يحضر الكفيل المكفول ، أن يحبس

الكفيل مالم يظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضار المكفول ، ولا يلتزم الكفيل بأداء الدين الذى فى ذمة المكفول .

ونرى من ذلك أن الالتزام بالدين والالتزام بالعين هما الالتزامان اللذان يرد إليهما فى النهاية كل التزام فى الفقه الإسلامى . فنقتصر عليهما ، وندعوهما كما يدعيان عادة بالدين والعين .

التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني :

وظاهر مما قدمناه أن التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى . فالدين ليس كل الحق الشخصى ، بل هو صورة من صوره . والعين تستغرق الحق العينى وبعضا من الحق الشخصى هو الالتزام بالعين . ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصى ، والعين أوسع من الحق العينى .

ويخطىء بعض الفقهاء المحدثين عندما يقررون أن الفقه الإسلامى قد ميز تمييزاً واضحاً بين الحق الشخصى والحق العينى ويوردون التمييز بين الدين والعين ، أو بين الدين والحق العينى ، كأنه هو التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى [١] . وعندنا أنه

---

(١) من ذلك ما قرره الاستاذ مصطفى الزرقا فى الجزء الثانى من كتابه « الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد » (دمشق سنة ١٩٤٩ طبعة ثانية) . فهو فى موضع من هذا الكتاب (ص ٦٠- ص ٦١) يجعل الالتزام شاملا للالتزام بالدين والالتزام بالعين ، وهذا صحيح . ولكنه فى موضعين آخرين يخلط تارة بين الحق الشخصى والدين . وطورا بين الحق العينى والعين . فيقول فى ص ١٦ : « ومما تجب ملاحظته ان الحق العينى يجب ان يكون الشىء الذى هو موضوعه معينا بذاته كى تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة بلا واسطة ، فاذا لم يكن موضوعه متعينا فى الخارج بل ثابتا فى الذمة كالدين لايكون الحق عينيا بل شخصيا » . ويمثل لهذا الدين الثابت فى الذمة الذى اورده فى آخر عبارته بحق المغصوب منه على الغاصب فى ان يرد المغصوب الى المكان الذى غصبه منه . وهذا الحق فى الفقه الاسلامى عين لادين وجعله دينا لادخاله فى نطاق الحق الشخصى هو حصر للحق الشخصى فى الدين ، وقد راينا ان الحق الشخصى اوسع نطاقا . ثم يقول الاستاذ الزرقا فى ص ٢٠ : « كثيرا ما ينقلب الحق العينى الى شخصى .. كما فى المغصوب ، فانه مادام باقية عينه على حالها فى يد الغاصب فللمالك حق عينى فيه يسوغه طلب استرداده » . وهنا يبدو ان المؤلف رجع عن اعتبار حق المغصوب منه على الغاصب فى ان يرد المغصوب دينا ، ولكن ليعتبره حقا عينيا . والصحيح ان هذا الحق شخصى لاعينى ، والذى اوقع اللبس فيه انه عين لا دين فخلط بالحق العينى هنا ، ثم هو شخصى لا عينى ، فخلط بالدين هناك . انظر ايضا ص ٢٠ من هذا الكتاب حيث يذهب المؤلف الى ان الوفاء بمقابل يقلب الحق الشخصى حقا عينيا ، والصحيح ان حق الدائن بقى حقا شخصيا حتى انقضى بالوفاء ، ولم ينقلب الى حق عينى . =

لاحاجة إطلاقا للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ، بل يجب على النقيض من ذلك إبراز أن التمييز بين الدين والعين وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي ، هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني ، فلكل فقه صناعته التي يتميز بها . وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الإسلامي لاتربطه بالقانون الروماني صلة ، وإلا لانتقل التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني إلى الفقه الإسلامي كما انتقل إلى كل قانون اشتق من القانون الروماني(١) .

بروز التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي — نظرية الذمة :

فالتمييز بين الدين والعين إذن هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي ، وعلماء هذا الفقه يحرصون على المقابلة ما بين الدين والعين إذا عرضت لهم مناسبة في ذلك . ويقيمون هذا التمييز على أساس الذمة . فيقولون إن الدين يتعلق بذمة المدين ، أما العين فلا تتعلق بالذمة ، بل يكون الحق ، عينيا كان أو شخصيا ، متعلقا بالعين ذاتها . فالتعلق بالذمة أو عدم التعلق بها هو الذي يقوم عليه التمييز بين الدين والعين . ومن ثم وجب أن نستعرض ، في كلمات موجزة ، نظرية الذمة في الفقه الإسلامي .

= وكل هذا يدل على غرابة التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني على رجال الفقه الاسلامي ، حتى ان بعض هؤلاء عندما يذهبون الى الاخذ بهذا التمييز قد تخطئهم الدقة احيانا في تبينه . وكان الاستاذ على الخفيف معتدلا في نظرته عندما تناول هذا الموضوع في محاضراته لقسم الدكتوراه في « الحق والذمة وتأثير الموت فيهما » سنة ١٩٤٥ ص ٥٤ — ص ٨١ .

(١) ومن رأينا ان ابتعاد الفقه الاسلامي عن الاخذ بهذا التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني ، وهو تمييز جوهري في القانون الروماني ، وعدم توسعه في الاخذ بنظرية الاثراء بلا سبب على الوجه الذي سنبينه فيما يلي ، وهي نظرية توسع فيها القانون الروماني الى حدود بعيدة ، من اوضح الادلة على ان الفقه الاسلامي لم يتأثر بالقانون الروماني (انظر كتابنا في نظرية العقد ص ٦٩ — ص ٢٧١) . هذا الى ان نزعة الفقه الاسلامي موضوعية ونزعة القانون الروماني ذاتية .

وقد رأينا ان نبرز هذه الفروق بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي حتى نحتفظ للفقه الاسلامي بطابعه الخاص على النحو الذي اشرنا اليه فيما تقدم .

نظرية الذمة فى الفقه الاسلامى :

الذمة فى الفقه الإسلامى هى وصف شرعى يفترض الشارع وجوده فى الإنسان ، ويصير به أهلا للإلزام وللالتزام ، أى صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . ولما كانت هذه الصلاحية التى ترتبت على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب ، إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة ، فإن الصلة ما بين الذمة وأهلية الوجوب صلة وثيقة ، فالذمة هى كون الإنسان صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وأهلية الوجوب هى هذه الصلاحية ذاتها . والذمة تلازم الإنسان ، إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان ، ومن ثم تثبت له أهلية الوجوب . فأهلية الوجوب إذن تترتب على وجود الذمة . ولا يقتصر الفقه الإسلامى فى الذمة على ما فى الانسان من الصلاحية للتملك والكسب ، أى على نشاطه الاقتصادى فحسب ، بل الذمة وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات جميعها وإن لم تكن مالية كالصلاة والصيام والحج ، أو كانت مالية ذات صبغة دينية كالزكاة وصدقة الفطر والعشر والخراج . ومن ثم كان نطاق الذمة واسعا فى الفقة الإسلامى حتى قال فخر الإسلام البزدوى إن الذمة لا يراد بها إلا نفس الإنسان .

وتبدأ الذمة ببدء حياة الإنسان وهو جنين ، فتكون له ذمة قاصرة ، إذ يجوز أن يرث وأن يوصى له وأن يوقف عليه . ثم يولد حيا فتتكامل ذمته شيئا فشيئا ، فى المعاملات والعبادات والحدود ، حتى تصير كاملة . وتبقى ذمة الإنسان ما بقى حيا ، وتنتهى بموته . وانتهاء الذمة بالموت تختلف فيه المذاهب . فالمالكية وبعض الحنابلة يذهبون إلى أن الذمة تتلاشى بالموت . فإن ترك الميت مالا تعلقت ديونه به ، وإلا سقطت .

والشافعية والحنابلة الآخرون يذهبون إلى أن الذمة تبقى بعد الموت إلى أن توفى الديون . ويستشهدون على ذلك بأن الميت قد تترتب فى ذمته ديون بعد الموت ، كما إذا كان قد باع وهو حى عينا فردت بالعيب بعد موته فإن ذمته

تشغل إذ ذاك بثمن البيع ، وكما إذا كان وهو حى قد حفر حفرة فى الطريق العام فتردى بعد موته فيها شخص وتلف متاعه فإن ذمة الميت تشغل إذ ذاك بالضمان . ثم يرتبون على ذلك أن الدين بعد الموت يبقى متعلقا بالذمة ، ولو لم يكن للميت مال ولم يكن بالدين كفيل ، فإنه يجوز فى هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت ، إذ هو باق متعلق بالذمة كما تقدم القول . ولا يحول ، فى هذا المذهب ، بقاء الذمة بعد الموت وبقاء الدين متعلقا بها دون أن تنتقل التركة إلى ملك الورثة بالموت فى الحال .

والحنفية يذهبون إلى أن الذمة بعد الموت لا تتلاشى ولا تبقى ، ولكنها تخرب ، ويقويها أن يترك الميت مالا أو كفيلا بدينه . فإن لم يوجد مال ولا كفيل سقط الدين ، ولا يجوز فى هذه الحالة كفالة الدين بعد الموت كما جاز فى قول من يرى بقاء الذمة غير خربة . وتبقى التركة المستغرقة على حكم ملك الميت . أما التركة غير المستغرقة فقد اختلفت الحنفية فيها على أقوال ثلاثة : قيل تبقى التركة غير المستغرقة كالتركة المستغرقة على حكم ملك الميت ، وقيل بل تنتقل إلى ملك الورثة ، وقيل تبقى على حكم ملك الميت بقدر الدين وتنتقل إلى ملك الورثة فيما جاوز ذلك (١)

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع محاضرات الاستاذ على الخفيف فى « الحق والذمة وتاثير الموت فيها » سنة ١٩٤٥ ص – ٨٢ – ص ٩٥ . وأنظر أيضا « أحكام التركات والمواريث » للاستاذ محمد أبو زهرة . سنة ١٩٤٩ ص ١٧ – ص ٢٩ .

وهذه هى الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة فى الفقة الاسلامى . ونورد هنا الخطوط الرئيسية لنظرية الذمة فى الفقه الغربى لعقد مقارنة بين النظريتين . فالذمة على النحو الذى صاغ به النظرية الفقيهان المعروفان اوبرى ورو ، هى مجموع الحقوق الموجودة أو التى قد توجد والالتزامات الموجودة أو التى قد توجد لشخص معين . ويستخلص من ذلك معنيان : (أولا) أن الذمة مجموع من المال (ثانيا) ان الذمة هى الشخصية القانونية ، فما دام يدخل فيها الحقوق والالتزامات التى قد توجد ، فهى اذن القابلية لكسب حق أو ترتيب التزام ، وهذه هى الشخصية القانونية .

ويترتب على أن الذمة مجموع من المال النتائج الاتية :

١ – يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع من المال لا على مال معين بالذات . وهذا يفسر ان الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن موجودا وقت نشوء الدين لان هذا المال قد اندمج فى المجموع فاصبح احد عناصره . ويفسر ان الدائن لايستطيع التنفيذ

الدين والعين فى نطاق نظرية الذمة :

ولما وضعت نظرية الذمة فى الفقه الإسلامى على النحو المتقدم ، نظر الفقهاء إلى الحقوق المختلفة من هذه الناحية. فوجدوا أن الحق العينى والالتزام بالعين

= على مال كان موجودا لذمة المدين وقت نشوء الدين ، وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لان هذا المال قد خرج من المجموع فلم يعد محسوبا فى عناصره .

٢ ـ ينتقل حق الدائنين بعد موت المدين الى تركته كمجموع من المال . ذلك ان ذمة المدين كمجموع من المال بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، تنتقل من المدين الى ورثته فيصبح الورثة مسئولين عن التزامات المورث ، اما دون حد اذ تعتبر شخصية الوارث استمرارا لشخصية المورث ، واما فى حدود ما انتقل الى الورثة من الحقوق بطريق الميراث ويتم هذا باستعمال الورثة لحق الانتفاع بالجرد . (bénéfice d'inventaire)

٣ ـ تقوم نظرية الحلول العينى على فكرة المجموع . فحيث يخرج مال من المجموع ويحل محله مال آخر ، فثم حلول عينى ، ويصبح المال الجديد من عناصر المجموع مكان المال القديم . ومن امثلة الحلول العينى فى القانون الفرنسى ما يطرأ من حلول فى مال الزوجية المشترك (communauté) ومال الزوجة الخاص (propre) ومال المهر (dot) والمال الذى كسبته الزوجة بعملها ، والتركة التى قبلها الوارث منتفعا بحق الجرد ، والمال الموهوب او الموصى به بشرط عدم التصرف فيه او بشرط تحويله الى مؤسسة او بشرط أن ترثه اجيال محددة Substitutions permises ومن امثلة الحلول العينى فى القانون المصرى ما يطرأ من حلول فى تركة تحت التصفية ، وفى مال كسبه بعمله صبى فى السادسة عشرة ، وفى مال موهوب او موصى به بشرط عدم التصرف . والرأى الحديث يذهب الى ان الحلول العينى يقوم ، لا على فكرة المجموع ، بل على فكرة قيام نظام قانونى خاص (régime Juridique Spécia [illegible] (affectation à un but spécial) سواء كان مجموعا من المال او مالا معينا بالذات . ولهذا الرأى تطبيقات كثيرة ، منها استرداد الوارث الحقيقى للتركة من الوارث الظاهر ، واسترداد الغائب لماله ممن اقيم عليه وكيلا ، وحلول التعويض او مبلغ التامين محل العين المرهونة عند هلاكها ، وحلول المفرز الذى آل بالقسمة محل المفرز ضمن عين شائعة وقع التصرف فيها ببيع او رهن ، وحلول عين محل أخرى فى استبدال الوقف . (انظر فى هذا الرأى الحديث رسالة غير مطبوعة للدكتور اسماعيل غانم فى الذمة المالية) .

ويترتب على أن الذمة هى الشخصية القانونية ما يقال عادة من ان الذمة لابد لها من شخص ، ومن ان لكل شخص ذمة ، ومن ان الشخص الواحد لاتكون له الا ذمة واحدة . فالذمة اذن كل لا يقبل التصرف ولا التجزئة . أما ان الذمة كل لايقبل التصرف فهذا واضح ، لان الذمة هى القابلية لكسب حق او ترتيب التزام ، ولا يستطيع الشخص ان يتصرف فى هذه القابلية . ويرتب أوبرى ورو على هذه الخاصية عدم جواز التصرف فى التركة المستقبلة ، واستمرار شخصية المورث فى شخصية الوارث فتنتقل جميع الديون الى الوارث ويصبح السند القابل للتنفيذ فى حق المورث نافذا فى حق الوارث وتضاف حيازة المورث الى حيازة الوارث . فاذا اريد تحديد مسئولية الوارث عن ديون مورثه بقدر ما انتقل اليه من الحقوق =

ينصبان على عين معينة بالذات، فأمكن أن يتعلق الحق بالعين . أما الدين فمحله كما قدمنا مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، ومن ثم تعذر أن يتعلق الدين بعين معينـــة بالذات ، فلم يبق إلا تعليقه بالذمة إذ هى محل الحقوق والواجبات جميعا . فبرز التمييز بين الدين والعين وقامت المقابلة بينهما على هذا الأساس ، فالدين دون العين هو الذى يتعلق بالذمة .

ومنذ تعلق الدين بالذمة استتبع ذلك عدة أمور : (١) منها أن الالتزام بالدين يحتاج فى استيفائه إلى وساطة المدين ، أما الالتزام بالعين فينصب على العين ذاتها

= بالميراث ، وجب اما افتراض بقاء المورث حيا بعد موته الى ان تصفى ديونه ، واما افتراض ان للوارث شخصيته الاصلية مزدوجة بشخصية المورث الى أن تتم التصفية . وأما ان الذمة كل لا يقبل التجزئة فغير واضح ، بعد ان رأينا ان الشخص الواحد قد ينفصل من ماله جزء يخضع لنظام قانونى خاص بسبب تخصيصه لغاية معينة . ولكن يمكن القول ، توجيها لهذا الرأى ، انه حتى عند تعدد الذمم المالية ، فان كل ذمة منها لاتقبل التجزئة فى ذاتها .

ومن هذا العرض يتبين ان الذمة فى الفقه الاسلامى تختلف عن الذمة فى الفقه الغربى . ويمكن تلخيص وجوه الخلاف فيما يأتى : ـ

١ ـ الذمة فى الفقه الاسلامى وصف تصدر عنه الحقوق والواجبات المالية وغير المالية . اما الذمة فى الفقه الغربى فلا تشمل الا الحقوق والالتزامات المالية .

٢ ـ وحتى فى نطاق المال ، تبدأ الذمة فى الفقه الاسلامى بالشخص ، ثم تنتهى الى المال (وفى الديون دون غيرها) . اما الذمة فى الفقه الغربى فتبدأ بالمال ، ثم تنتهى الى الشخص .

٣ ـ والذمة فى الفقه الاسلامى لاتجعل المال مجموعا تفنى فيه عناصره كما هى حال الذمة فى الفقه الغربى . ولا يكون المال مجموعا فى الفقه الاسلامى ، حتى عند الحجر او مرض الموت وحتى بعد الموت . ففى هذه الاحوال الثلاثة تتعلق الديون بمالية الاعيان لا بذواتها كما فى الرهن ، ولكن مال المدين لا يكون مجموعا كما فى الفقه الغربى . بل انه لايوجد تلازم بين الذمة والتركة فى الفقه الاسلامى ، فقد تبقى الذمة قائمة وتنتقل التركة مع ذلك الى الورثة .

ويمكن القول بوجه عام ان الفرق الجوهرى ما بين الذمة فى الفقه الاسلامى والذمة فى الفقه الغربى هو ان الفقه الاسلامى ينظر الى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال . ومن ثم سهل على الفقهاء المحدثين أن ينسبوا للذمة فى الفقه الاسلامى الخصائص التى يفرعها الفقه الغربى على فكرة الشخصية القانونية ، فيقولون ان الذمة لاتثبت الا لشخص ، وان لكل شخص ذمة ، وان الشخص الواحد لاتكون له الا ذمة واحدة (أنظر المراجع السابق الاشارة اليها للاساتذة على الخفيف ، ومحمد ابو زهرة ومصطفى الزرقا والدكتور اسماعيـــل غانم ص ٢٦٨ وما بعدها) .

ولا حاجة فيه إلى هذه الوساطة . (٢) ومنها أن الدين تتبعه المطالبة ، إذ أن وساطة المدين تقتضى مطالبته ، أما العين فلا وساطة فيها ولا مطالبة . (٣) ومنها أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء ، أما الالتزام بالعين وهو متصل بها مباشرة فكالحق العينى لا يتصور فيه أجل ولا مقاصة ولا إبراء .

اختفاء التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الإسلامى :

ومذ برز التمييز بين الدين والعين فى الفقه الإسلامى لم يظهر التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى . وسبب ذلك واضح فإن الالتزام بالعين اقترب من الحق العينى فى خصائصه ، وابتعد عن الدين . فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العينى على العين بالذات ، وهو كالحق العينى أيضا لا يحتاج إلى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الإبراء . ولا كذلك الدين ، فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة ، وهو يحتاج إلى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الإبراء .

ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العينى وابتعد عن الدين ، أمكن إدماج الالتزام بالعين فى الحق العينى وإطلاق لفظ « العين » عليهما جميعا ، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين على النحو الذى قدمناه ، فبرز التمييز بين الدين والعين كما أسلفنا ، وستر ببروزه التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى (١) .

---

(١) ويعلل الاستاذ شفيق شحاتة فى كتابه « نظرية الالتزامات فى الشريعة الاسلامية » (ص ١٩٧ – ص ١٩٩) عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى بالصبغة المادية التى اصطبغ بها الحق الشخصى فقارب الحق العينى . ويمكن ان نرد ماقاله فى هذه المسالة الى النقط الاتية :

(١) عنصر المطالبة هو الذى يميز بين الحق الشخصى والحق العينى . فهو الذى يظهر ان الالتزام يتضمن ارتباطا بين شخصين . اما الحق العينى فلا يتضمن المطالبة اذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق دون الشىء محل الحق .

(٢) ومع ذلك لم تلتفت الفقهاء الى عنصر المطالبة فى الالتزام ، واغفلت النظر الى الرابطة الشخصية ما بين صاحب الحق والمدين بالحق او بين الطالب والمطلوب ، ووجهت اهتمامها الى موضوع الحق ، فصبغت الالتزام بذلك صبغة مادية بحتة .

=

هل تطور التمييز بين الدين والعين فى الفقه الاسلامى إلى تمييز بين الحق الشخصى والحق العينى :

ولنتابع تطور الفقه الإسلامى إلى الغاية القصوى من مراحله، وهذه هى الخطة التى قلنا إننا سنلتزمها فى بحثنا هذا. يجوز أن نتساءل هل تطور الفقه الإسلامى،

= (٣) وقد فعلوا ذلك فى الالتزام بالعين حيث تكون العين فى غالب الاحيان محلا كذلك لحق عينى فيحجب الحق الشخصى ، وفى الالتزام بعمل وهو ليس فى الواقع الا عبارة عن التزام بتسليم شىء او بصنع شىء او بالانتفاع بشىء .

(٤) بل فعلوا ذلك ايضا فى الالتزام بالدين ، فلم ينظروا اليه الا على انه شىء او مال حكمى ، حتى انهم قسموا الاموال جميعها الى قسمين وهما الدين والعين .

(٥) واذ صبغ الفقهاء الالتزام بمختلف انواعه هذه الصبغة المادية ، وابرزوا فى كل من الدين والعين موضوع الحق دون الرابطة الشخصية ، فقد خلطوا ما بين الحق الشخصى والحق العينى ، ولم يكن لفكرة الالتزام بعد ذلك كله الا ان تنطمس انطماسا كليا .

هذه هى حلقات السلسلة المنطقية التى ساقت الاستاذ شفيق شحاتة الى القول بغموض التمييز ما بين الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الاسلامى ، ابرزناها واحدة بعد الاخرى يسوق بعضها بعضا ، حتى يتبين نظره فى وضوح وجلاء .

ونحن نقره فيما ذهب اليه من غموض التمييز ما بين الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الاسلامى . ولكنا نتردد كثيرا فى أن نقول معه ان الفقهاء لم يبرزوا عنصر المطالبة او الرابطة الشخصية فى الدين ، وانهم ابرزوا موضوع الحق فى الدين والعين على السواء . ونرى ان التمييز ما بين الحق الشخصى والحق العينى اذ ظل غامضا فى الفقه الاسلامى ، فان التمييز ما بين الدين والعين برز واضحا كل الوضوح . وهانحن نوضح نظرنا فى حلقات متسلسلة على النحو الذى أوضحنا به نظر الاستاذ شفيق شحاته .

(١) ان عدم وضوح التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الاسلامى سببه ان هذا التمييز قد ستره تمييز آخر اكثر منه وضوحا هو التمييز بين الدين والعين .

(٢) فالدين يتعلق بالذمة ولا يتعلق بعين معينة ، ثم هو يتضمن عنصر المطالبة لان الدين يطالب به ولا بد من وساطته فى الوفاء . اما الالتزام بالعين فلا يتعلق بالذمة بل يتلعق بعين معينة ، ثم هو لايتضمن عنصر المطالبة فلا حاجة لوساطة المدين فى الوفاء .

(٣) ومن ثم اقترب الالتزام بالعين من الحق العينى وابتعد عن الدين ، اذ ان الخصائص الاساسية للالتزام بالعين تتلاقى مع الخصائص الاساسية للحق العينى ، وهى فى الوقت ذاته عكس الخصائص الاساسية للدين . فكان من ذلك ان فصل الفقهاء الدين عن العين ، وجعلوا العين شاملة للالتزام بالعين وللحق العينى جميعا . فبرز التمييز بين الدين والعين ، واختفى التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى . =

ولو إلى مدى محدود ، من التمييز بين الدين والعين إلى التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى ؟ آية ذلك ، فيما نرى ، أن نجد الالتزام بالعين يدخل فيه عنصر المطالبة . ذلك أن المطالبة هى من خصائص الدين ، إذا أن الدين فى الفقه الإسلامى يشتمل على عنصرين : أصل الدين ويتعلق بالذمة ، والمطالبة وهى تتبع الأصل (١) . فإذا رأينا الالتزام بالعين يشتمل على عنصر المطالبة فقد اقترب من الدين ، وأمكن القول بوجود حق شخصى فى الفقه الإسلامى يجمع كلا من الدين والعين . ولما كان عنصر المطالبة يظهر بوجه خاص فى الحوالة والكفالة ، فقد اخترنا هذين العقدين لنرى ما إذا كانا يردان على العين كما يردان على الدين .

أما الحوالة فهى نقل الدين والمطالبة على رأى ، ونقل المطالبة وحدها على رأى آخر . وهى لا ترد إلا على الدين ، فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة لأنها نقل ما فى الذمة ولم يوجد (٢) . ونرى من ذلك أن اقتصار الحوالة على

= (٤) وقد حافظ الفقهاء على هذا النظر فى الحوالة . فاجازوا حوالة الدين لان الدين يتضمن عنصر المطالبة ، ولم يجيزوا حوالة العين لان عنصر المطالبة منعدم فى الالتزام بالعين .

(٥) ولكنهم فى الكفالة اجازوا كفالة الدين والعين ، فقربوا هنا العين من الدين وابعدوها عن الحق العينى . على ان الشافعى كان أكثر التزاما لمنطق التمييز بين الدين والعين ، فلم يجز الكفالة فى العين وأجازها فى الدين .

(١) ونظير ذلك فى الفقه الجرمانى تحليل الالتزام الى عنصرين : عنصر المديونية (Schuld) وعنصر المسئولية (Haftung) .

(٢) البدائع جزء ٦ ص ١٦ . وننقل هنا ماجاء فى البدائع فى شان نقل الحوالة للدين والمطالبة معا او نقلها للمطالبة وحدها : « واختلف مشايخنا المتاخرون فى كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت اصله موجبا للحوالة . قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا ، وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فاما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل . وجه قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول . أما دلالة الاجماع فلانا أجمعنا على أنه لو ابرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ، ولو ابرأ المحيل من الدين او وهب الدين منه لايصح ، ولولا ان الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان الابراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ، ويصح الثانى لان الابراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالابراء من الدين المؤجل . واما المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها مشتقة من التحويل وهو النقل ، فيقتضى نقل ما اضيف اليه ، وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة ، لانه اذا قال احلت بالدين أو أحلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه ، الا انه اذا انتقل اصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة ـ وجه قول الاخرين دلالة الاجماع والمعقول .

=

الدين ، وعدم جواز ورودها على العين ، يؤكد أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة ، وإلا لصلحت محلا للحوالة . ومن ثم يمكن القول إن الحوالة لا تحمل أثرا لأى تطور يكون من شأنه تقريب العين من الدين تمهيدا لاندماجهما معاً فى الحق الشخصى .

بقيت الكفالة . وكان الواجب أن تكون كالحوالة لا ترد إلا على الدين ، لأن الحوالة ضرب من الكفالة(١) ولأن الكفالة هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى حق المطالبة بما على الأصيل . فإذا قدرنا أن العين لا يدخل فيها عنصر المطالبة ، لوجب أن تقتصر الكفالة على الدين ، لأن المطالبة لا تكون

= أما دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدى المحال عليه لا يكون متطوعا ويجبر على القبول ، ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغى ألا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبى بقضاء دين انسان على غيره ... ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كالكفالة سواء ، فدلت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة . ثم ان الدين فى باب الكفالة ثابت فى ذمة الاصل ، فكذا فى الحوالة . وأما المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة ، وليس من الوثيقة ابراء الاول ، بل الوثيقة فى نقل المطالبة مع قيام أصل الدين فى ذمة المحيل (البدائع جزء ٦ ص ١٧ — ص ١٨) .

(١) اما أن الحوالة ضرب من الكفالة فيدل عليه أمران .

أولا — ان هناك رأيا ، تقدم ذكره ، يذهب الى أن الحوالة هى نقل المطالبة فحسب وأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل . بل ان زفر يذهب الى أن الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق فى ذمته بعد الحوالة على ماكان عليه قبلها كالكفالة سواء . وجه قوله أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة ، وليس من الوثيقة براءة الاول ، بل الوثيقة فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الاول من غير تغيير كما فى الكفالة سواء (البدائع جزء ٦ ص ١٧) . فلا تنقل الحوالة ، فى رأى زفر ، لا المطالبة ولا الدين بل يبقى الدين على حاله (مطالبة ودينا) فى ذمة المحيل ، وتنشىء الحوالة حق مطالبة جديدا فى ذمة المحال عليه ، وهى فى ذلك كالكفالة تضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فى المطالبة .

ثانيا — ان الحوالة تنتهى بالتوى ، فلو مات المحال عليه مفلسا بقى الدين ذاته فى ذمة المحيل ، فكان الدين لم ينتقل من ذمة المحيل بالحوالة ، بل ضمت ذمة المحال عليه الى ذمة المحيل فى المطالبة كما هى الحال فى الكفالة . ويؤيد ذلك ماجاء فى البدائع : « حكم الحوالة تنتهى باشياء منها .. التوى .. لان الدين كان ثابتا فى ذمة المحيل قبل الحوالة ، والاصل أن الدين لا يسقط بالقضاء ... الا أنه الحق الابراء بالقضاء فى السقوط ، والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء ، فبقى الدين فى ذمته على ما كان قبل الحوالة . الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى ، لان حياة الدين بالمطالبة ، فاذا توى لم تبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصلى » (البدائع جزء ٦ ص ١٨) .

ويتبين مما تقدم أن الحوالة صورة خاصة من الكفالة ، تتميز بان الدائن يرجع أولا على الكفيل (المحال عليه) ، فاذا توى الدين عنده رجع على المدين (المحيل) . اما فى الكفالة العادية فالدائن بالخيار فى الرجوع اما على الكفيل أو على المدين . =

إلا فيه . وهذا هو قول الشافعي ، فعنده أن الكفالة لاتصح إلا فى الدين . ولكن الحنفية يذهبون إلى أن الكفالة تقع على الدين والعين . ويشترطون فى الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها . فلا تصح كفالة العين إذا لم تكن مضمونة كالوديعة والعارية والإيجار ، أو إذا كانت مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض وهو مضمون بالثمن و كالرهن وهو مضمون بالدين . أما العين المضمونة بنفسها ، كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ، فتصح كفالتها . والكفالة بالعين فى هذه الحالة تكون كفالة بقيمتها أى كفالة بالدين إذا هلكت العين ، أما إذا بقيت قائمة فتكون كفالة بالعين ذاتها . وفى هذا إدخال لعنصر المطالبة فى الالتزام بالعين ، وتقريب للعين من الدين . كذلك تصح عند الحنفية كفالة فعل التسليم فى الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجملة بعد قضاء الدين ، فكان المكفول به مضمونا على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به ، لكنه إذا هلك فلا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضمونا على الأصيل فلا يبق على الكفيل(١) .

وقد يكون إدخال عنصر المطالبة فى كل من الالتزام بالعين والالتزام

= ويتبين من ذلك أيضا الا محل ، فى رأينا ، للمناقشات الطويلة التى تدور حول جواز حوالة الحق فى الفقه الاسلامى كما جازت حوالة الدين . فحوالة الدين فى الفقه الاسلامى غير حوالة الدين فى الفقه الغربى . كما لايجوز ان يؤخذ من الحوالة المقيدة دليل على جواز حوالة الحق ، فالصحيح أن المحيل فى الحوالة المقيدة لم ينقل ملكية الدين الذى له فى ذمة المحال عليه الى المحال له . والاولى أن يقال ان الفقه الاسلامى لايعرف حوالة الحق ولا حوالة الدين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى (أنظر المراجع السابقة للاستاذ شفيق شحاته ص ١١٦ وللاستاذ مصطفى الزرقا ص ٥٠ — ص ٥٨) .

(١) وهذا ماجاء فى البدائع فى هذا الشان : « ان المكفول به أربعة أنواع ، عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس . أما العين فنوعان ، عين هى أمانة وعين هى مضمونة . أما العين التى هى أمانة فلا تصح الكفالة بها ، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات ، أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستاجر فى يد =

بالتسليم وتقريب هذين من الدين فى باب الكفالة ، مبدأ تطور لم يتم فى جعل الالتزام بالعين كالالتزام بالدين متعلقا بالذمة ، فتتبعه المطالبة . ولكن الأولى الوقوف عند التمييز بين الدين والعين ، فهو التمييز البارز فى الفقه الإسلامى (١)

ومهما يكن من أمر تعدد أنواع الالتزام فى الفقه الإسلامى وعدم اندماجها فى وحدة تنتظمها جميعا ، فإنه يمكن مع ذلك التقريب فيما بينها من ناحية المصدر . فهى أيا كان نوعها ، التزاما بدين كانت أو التزاما بعين

الاجير ، لانه اضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة . ولو كفل بتسليم المستعار والمستاجر عن المستعير والمستاجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما ، فالكفالة اضيفت الى مضمون على الاصيل وهو التسليم فصحت .

واما العين المضمونة فنوعان ، مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسدوالمقبوض على سوم الشراء . ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن . فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ، الا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله او قيمته حال هلاكه ، فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا . ولا تصح بالنوع الثانى ، لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ، الا ترى أنه اذا هلك فى يد البائع لا يجب عليه شىء ، ولكن يسقط الثمن عن المشترى ، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ، ألا ترى أنه اذا هلك لايجب على المرتهن شىء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره . واما الفعل فهو فعل التسليم فى الجملة ، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن ، لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجملة بعد قضاء الدين ، فكان المكفول مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به ، لكنه اذا هلك لا شىء على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل » (البدائع جزء ٦ ص ٧) .

(١) ويبدو من اشتراط أن تكون العين مضمونة بنفسها لجواز الكفالة بها أن العين فى هذه الحالة تكون فى حكم الدين من حيث الضمان ، ومن ثم جازت الكفالة بها . ولذلك لم نر أن نعلق أهمية كبيرة على هذا الحكم لنستدل به على أن هناك تطورا . والشافعى يذهب الى أن الكفالة بالعين أو بالفعل غير جائزة ولا يجيز الكفالة الا فى الدين ، فرجع بذلك الى الاصل المفرد . ويقول الكاسانى فى ذلك : « ثم ما ذكرنا بالكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا . وقال الشافعى رحمه الله انها غير صحيحة . وجه قوله أن الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ، ودلالة ذلك أن الكفالة التزام بالدين ، فكان محلها الدين فلم توجد ، والتصرف المضاف الى غير محله باطل ، ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق . ولنا ... أن هذه الكفالة اضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كما تصح الكفالة بالدين ، وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع ، بل هى التزام المطالبة بمضون على الاصيل وقد يكون ذلك دينا وقد يكون عينا والعين مقدورة التسليم فى حق الاصيل كالدين. » (البدائع جزء ٦ ص ٨) .

أو التزاما بعمل أو التزاما بتوثيق ، تتقابل فى المصادر التى تنشأ عنها . وهذه المصادر التى أشرنا إليها بإيجاز فيما تقدم هى التى سنستقصيها تفصيلا فيما بعد .

(ثانيا) الحق العينى

حصر الحقوق العينية وتقسيمها الى أصلية وتبعية :

قيام الحق العينى فى الفقه الإسلامى أوضح من قيام الحق الشخصى . فقد رأينا أن الحق الشخصى ، أو الالتزام ، يشتمل على روابط قانونية مختلفة استبقاها الفقهاء متميزة بعضها عن بعض ، دون أن تندمج فى وحدة تنتظمها جميعاً وتسمى بالالتزام .

وصحيح أن الفقهاء لم يستعملوا لفظ « الحق العينى » ، ولكن المحدثين منهم يعالجون الحقوق العينية الأصلية جميعها فى مكان واحد ، ويفرعونها على حق الملك . بل وكثير منهم يسمونها بالحقوق العينية جريا على اصطلاح الفقه الغربى . ثم إن الحقوق العينية الأصلية هى والحقوق العينية التبعية تنتظمها جميعا فكرة واحدة هى أنها « حق فى العين » أو « حق ثابت فى المال » .

ذلك أنه يمكن فى الفقه الإسلامى ، كما أمكن فى الفقه الغربى ، أن نقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية . وسواء كانت الحقوق العينية أصلية أو تبعية فإنها تذكر على سبيل الحصر ، لاتجوز الزيادة فيها بخلق حق عينى جديد .

(ا) الحقوق العينية الأصلية

حصرها وردها إلى حق الملك :

على رأس هذه الحقوق حق الملك ، وجميع الحقوق الأصلية الأخرى متفرعة عنه . فحق الملك هو الحق العينى الكامل . وقد تتجزأ عناصره ، فتتفرع عنه حقوق عينية تعتبر بالنسبة إلى حق الملك بمثابة الجزء من الكل .

فالملك التام هو ملك الرقبة ومنفعتها معاً . ويتفرع عنه ملك المنفعة وحدها

وملك الرقبة وحدها ، وحقوق الارتفاق . وننقل فى هذه الحقوق نصوص مرشد الحيران قصدا إلى الإيجاز .

حق الملك التام :

عرفته المادة ١١ من مرشد الحيران على الوجه الآتى :

« الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ، ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة » .

ونرى من ذلك أن عناصر حق الملك فى الفقه الإسلامى ، كما هى فى الفقه الغربى ، ثلاثة : (١) الانتفاع بالعين المملوكة (٢) الانتفاع بالغلة والثمار والنتاج وهذا هو الاستغلال (٣) التصرف فى العين .

وليس حق الملك مطلقا كما توهم عبارة مرشد الحيران ، بل هو حق مقيد بوجوب عدم الإضرار بالجار . وقد ورد هذا القيد فى نصوص مرشد الحيران ذاتها ، فنصت المادة ٥٧ على أن « للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى مايريده ، مالم يكن تصرفه مضرا بالجار ضرراً فاحشا » . وعرفت المادة ٥٩ الضرر الفاحش بأنه « مايكون سببا لوهن للبناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء . وأما مايمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فليست بضرر فاحش » . وبينت المادة ٦٠ حكم الضرر الفاحش فقالت : « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما أو حادثا » .

والملكية الشائعة معروفة فى الفقه الاسلامى ، وإليها تشير المادة ١٢ من مرشد الحيران حيث تقول : « إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته ، والتصرف فيها تصرفا لا يضر الشريك ، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك » .

حق المنفعة :

تعرفه المادة ١٣ من مرشد الحيران على الوجه الآتى : « الانتفاع الجائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها مادامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها مملوكة » . فحق المنفعة يختص بعنصرين من عناصر الملكية الثلاثة : الاستعمال والاستغلال . وقد يقتصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال . وقد يقتصر الاستعمال على السكنى فيسمى ذلك بحق السكنى . ومن ثم يقترن عادة بحق المنفعة بحق الاستعمال وحق السكنى .

وأسباب ملك المنفعة ثلاثة : العقد والوصية والوقف .

أما العقد فقد يكون بيعا ، فيبيع المالك المنفعة من آخر طول حياته أو لمدة معينة ، وفى الحالتين ينتهى حق المنفعة حتما بموت المنتفع . ولكن بيع المنافع فى الفقه الإسلامى أكثر مايكون بعقد الإيجار ، ذلك أن حق المستأجر فى الفقه الإسلامى هو حق منفعة ، أقرب إلى الحق العينى منه إلى الحق الشخصى ، وهو على كل حال حق فى العين المؤجرة .(١) وقد يكون العقد الذى يقع على تمليك المنفعة فى الفقه الإسلامى هو عقد العارية فالمستعير عند المالكية يملك المنفعة دون عوض ، إذ العارية عندهم عقد لازم لا يملك المعير الرجوع فيه ، ومن ثم يكون حق المستعير حقاً فى العين . أما عند الحنفية والشافعية والحنابلة فالعارية عقد غير لازم ، وللمعير أن يرجع فيه متى شاء . وتأصيل ذلك عند الحنفية أن العارية عقد على المنافع وهى غير موجودة وقت العقد فيتجدد العقد آنا فآنا ، وعند الشافعية والحنابلة أنها من قبيل الإباحة فلا يستفيد المستعير بها ملكا ولم يستفد إلا مجرد الأذن .

وأما الوصية فكثيراً ماترد على المنفعة فتملكها للموصى له بعد موت الموصى .

---

(١) وعينية حق المستاجر ليست بغريبة على الفقه الغربى ، فقد قام فقيه فرنسى معروف هو الفقيه « Troplong » فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، بمحاولة قصد بها الى اثبات ان حق المستاجر فى القانون الفرنسى هو حق عينى ، ولكنها محاولة لم يكتب لها النجاح .

وأما الوقف فيرد على العين فيجعل رقبتها غير مملوكة لأحد من العباد وتبقى المنفعة للمستحقين . ولا يملك المستحق أن يتصرف فى المنفعة ، بل هى موقوفة عليه طول حياته وتؤول من بعده إلى من يليه من المستحقين . ويجعل القانون المدنى المصرى (م ٥٢) الوقف شخصا معنويا . فإذا التزمنا هذا التصوير ، كانت رقبة العين الموقوفة للشخص المعنوى ، وكان للمستحق حق المنفعة طول حياته . ولكنه حق يقوم على الخصائص الآتية :

١ — هو حق لا يملك المستحق التصرف فيه .

٢ — ويؤول بعد موته إلى المستحق الذى يليه .

٣ — ثم إن المستحق لا يملك إدارته ، بل الذى يديره هو ممثل الشخص المعنوى الذى يملك الرقبة وهو ناظر الوقف . وللمستحق فى ذمة الشخص المعنوى حق شخصى إلى جانب حقه العينى فى المنفعة ، هو غلة هذه المنفعة يقبضها من ناظر الوقف ممثل الشخص المعنوى . والعين الموقوفة قد يترتب عليها حقوق عينية أخرى . كحق الحكر وحق الإجارتين وحق الإجارة الطويلة وحق الكدك وحق القرار إلى غير ذلك من الحقوق التى أنشأها العرف .

حق الرقبة :

ويوجد هذا الحق حيث ينتزع حق المنفعة من الملك التام ، فتبقى الرقبة على ملك صاحبها الأصلى ، ويملك المنفعة شخص آخر غير مالك الرقبة . وأكثر مايكون ذلك بالوصية . فيجوز أن يوصى بمنفعة العين لشخص مع بقاء رقبتها لورثة الموصى ، كما تجوز الوصية بالرقبة لشخص وبمنفعتها لشخص آخر كلاهما أجنبى عن المتبرع ، ولكن لا يجوز استثناء منفعة العين من الوصية برقبتها لشخص أجنبى لتبقى المنفعة على ملك الورثة (م ١٨ مرشد الحيران) . وذلك لأن بقاء المنفعة على ملك الورثة معناه تمليكها لهم بطريق الميراث ، والمنفعة لا تورث . كذلك يجوز للمالك أن يبيع الرقبة ويستبقى المنفعة

لنفسه مدة من الزمن أو طول حياته ، فإذا استبقاها طول حياته اشتبه البيع بالوصية .

ومالك الرقبة لايجوز له أن ينتفع بالعين ولا أن يتصرف فى منفعتها ، إذ المنفعة فى ملك غيره كما تقدم . وكذلك لا يجوز له أن يتصرف فى الرقبة ذاتها إلا بإذن صاحب المنفعة . وعليه أن يسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفى حقه من منافعها . ولكن إذا انتهى حق المنفعة فإن مالك الرقبة يعود له الملك التام على العين .

حقوق الارتفاق :

وتسمى بالحقوق المجردة . وقد عرفت المادة ٣٧ من مرشد الحيران حق الارتفاق بأنه « حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » . ومن حقوق الارتفاق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلى والجوار . فالشرب هو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع . وحق المجرى هو حق مرور مسقى فى أرض الجار لتصل إلى أرضه . وحق المسيل هو حق مرور مصرف فى أرض الجار لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح . وحق المرور هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص فى ملك غيره . وحق التعلى هو أن يكون لإنسان حق فى أن يعلو بناؤه بناء غيره ، ويتحقق ذلك فى دار لها سفل لمالك وعلو لمالك آخر . وحق الجوار هو ألا يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً .

وحقوق الارتفاق محصورة عند الحنفية فى الحقوق المتقدمة الذكر . وعند المالكية هى غير محصورة ، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق اتفاقية بالعقد ، ويمكن على هذا النحو الاتفاق على ارتفاق بعدم العلو بالبناء إلى أكثر من بعد معين أو على ارتفاق بالبناء فى رقعة محدودة .

حق التتبع فى الحقوق العينية الأصلية :

ويلاحظ فى الحقوق العينية الأصلية جميعاً أن الحق العينى هو سلطة الشخص على عين بالذات . ولصاحب الحق أن يتتبع حقه أيا كانت اليد التى انتقلت إليها العين ، بل إن حق التتبع هذا فى الفقه الإسلامى أقوى منه فى الفقه الغربى . فصاحب الرقبة لا يملك بيع الرقبة إلا بإذن صاحب المنفعة ، والمؤجر لا يملك بيع العين المؤجرة إلا بإذن المستأجر ، أما فى القوانين الغربية فصاحب الرقبة يملك بيعها دون إذن المنتفع والمؤجر يملك بيع العين المؤجرة دون إذن المستأجر ، ولكن يبقى كل من حق المنتفع وحق المستأجر نافذاً فى حق المشترى .

ومن ثم يبين فى وضوح أن الحق العينى يتميز عن الحق الشخصى فى أن صاحب الحق العينى يستعمل سلطته على العين دون وساطة أحد ، أما صاحب الحق الشخصى ، إذا كان هذا الحق دينا فى الذمة ، فيحتاج فى استعمال حقه إلى وساطة المدين . فوجب إذن تعيين العين فى الحق العينى وتعيين المدين فى الحق الشخصى .

(ب) الحقوق العينية التبعية

حقان عينيان تبعيان فى الفقه الإسلامى :

ويعرف الفقه الإسلامى الحقوق العينية التبعية ، وهى حقوق تترتب على الأعيان ضمانا للديون . ويعرف من هذه الحقوق حقين : حق الرهن وحق الحبس .

حق الرهن :

ويقابل فى الفقه الغربى رهن الحيازة ، ويقع على العقار وعلى المنقول ، وينشأ من عقد الرهن . وعقد الرهن عقد به يحبس الدائن مالا للمدين ضمانا للدين فيستوفى منه حقه إذا لم يقم المدين بالوفاء . ومن ثم نرى أن حق الرهن حق تبعى لأنه ضمان للدين ، وهو حق عينى لأنه يتعلق مباشرة بالعين المرهونة . وللدائن المرتهن فى الفقه الإسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، حق التتبع وحق التقدم .

أما حق التتبع فهو هنا أقوى منه فى الفقه الغربى كما رأينا ذلك فى الحق العينى الأصلى . ذلك أن الراهن لايستطيع أن يتصرف فى العين المرهونة دون إذن المرتهن فإن لم يأذن فإن تصرف الراهن لاينفذ . أما فى الفقه الغربى فتصرف الراهن ينفذ ولكن المرتهن يحتج بحق الرهن فى مواجهة من تصرف له الراهن . وإذا أقر المرتهن تصرف الراهن فى العين المرهونة بالبيع ، نفذ البيع وأصبح الثمن هو الرهن بدلا من المبيع . ويحول الرهن دون نفاذ إجارة المالك الراهن ، فإن أقرها سقط الرهن .

وأما حق التقدم فيكون عند استيفاء المرتهن الدين من العين المرهونة ، فتباع العين ويتقدم الدائن فى استيفاء حقه من ثمنها على الدائنين العاديين الذين لارهن لهم على العين .

وحق الدائن يتعلق بمالية العين لا بذاتها . ولذلك إذا هلكت العين المرهونة فى يد المرتهن دون تعمد أو تعد ، هلكت عليه بالأقل من قيمتها وقت القبض ومن الدين ، وما زاد من قيمتها على الدين هو أمانة فى يد المرتهن لاضمان فيه .

حق الحبس :

وهو أيضا حق عينى تبعى ، يتركز فى مال ضمانا للدين . وقد ينشأ حق الحبس من العقد . فللبائع أن يحتج بحقه فى حبس المبيع لعدم دفع الثمن فى مواجهة جميع الدائنين . وللمستأجر حق حبس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتى يسترد ماعجله من الأجرة . وللمودع عنده حق حبس العين المودعة حتى يستوفى ما أنفقه فى حفظها بإذن القاضى . وللأجير المشترك الذى لعمله أثر فى العين أن يحبس العين عن المستأجر حتى يؤدى إليه الأجرة . وللوكيل بالشراء أن يحبس المال الذى اشتراه عن الموكل حتى يدفع إليه الثمن .

وقد ينشأ حق الحبس بحكم الشرع من غير عقد . فلمن يأتى بالعبد الآبق أن يحبسه حتى يستوفى من المالك مايستحق . وللملتقط أن يحبس اللقطة عن مالكها حتى يستوفى ما أذن فيه القاضى من الإنفاق عليها ليرجع به . وللغاصب حبس المغصوب الذى زاد فيه زيادة متصلة من ماله حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة .

مقارنة بالفقه الغربى :

ونرى مما تقدم أن الفقه الإسلامى يعرف أكثر الحقوق العينية التبعية التى يعرفها الفقه الغربى. فحق الرهن يقابل رهن الحيازة ، وحق الحبس يقابل كلا من حق الحبس وحق الامتياز . ولم يبق إلا الرهن الرسمى وحق الاختصاص، فهذان لا يعرفهما الفقه الإسلامى . أما حق الاختصاص فالقوانين الغربية الحديثة تميل إلى حذفه . وأما حق الرهن الرسمى فهو تطور لرهن الحيازة كان الفقه الإسلامى فى طريقه إليه .

حق شخصى ينقلب إلى حق عينى :

ولكن الفقه الإسلامى يعرف نوعا من الحق العينى كان فى الأصل حقاً شخصياً ثم انقلب حقا عينياً . ويتحقق ذلك فى حالات الحجر ومرض الموت والموت . ذلك أن المدين إذا حجر عليه أو مرض مرض الموت أو مات ، وكان له مال ، تعلقت ديونه بهذا المال . وانقلبت هذه الديون من حقوق شخصية إلى حقوق عينية ، إذ تكسب جميع خصائص الحق العينى وبخاصة خصائص حق الرهن . فهى تتركز فى أموال المدين ، وتتعلق بماليتها لا بذوات أعيانها ، وللدائنين حق تتبع هذه الأموال فى أى يد انتقلت ، ويتقدمون فى استيفاء حقوقهم منها على جميع من لهم حق فيها ، الموصى لهم والورثة ، ولا يتقدم عليهم إلا من كان له حق رهن أو حق حبس على عين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها .

ويتبين من ذلك أن أموال المدين المحجور أو المريض مرض الموت أو الميت يتعلق بها حقان ، حق الغرماء ومحله ماليتها ، وحق المدين أو ورثته ومحله ذوات الأعيان . والحق الأول هو حق عينى تبعى شبيه بحق الرهن ،

والحق الآخر حق عيني أصلي هو حق الملك وقد بقي للمدين وإذا كان حياً أو انتقل إلى ورثته إذا كان قد مات.(١)

تدرج الحقوق فى الفقه الإسلامى من حيث تعلقها بالعين أو بالذمة :

ونستطيع أن نستخلص مما تقدم أن الحقوق ، فى الفقه الإسلامى ، من حيث تعلقها بالعين أو بالذمة ، تتدرج مراتب خمسا :

---

(١) وللاستاذ على الخفيف بحث قيم فى هذا الموضوع نشره فى مجلة القانون والاقتصاد (سنة ١٢ ص ١٥٣ وما بعدها) ننقل منه ما ياتى :

« اذا لزم الدين شخصا بسبب من الاسباب حل فى ذمته فشغلت به .. فاذا ما حجر على المدين بسبب دينه او اصابه مرض الموت تعلق الدين بجميع ما يملك حال الحجر او حال المرض ، كما يتعلق بما يرهنه به من أمواله ، وعندئذ يتقيد تصرفه فيه بالا يمس حقوق دائنيه كما يتقيد تصرفه فى الاعيان المرهونة باجازة المرتهن لها . هذا ما ذهب اليه الجمهرة من فقهاء المسلمين ، وخالفهم فى ذلك كثير من فقهاء المالكية فجعلوا للغرماء حق الاعتراض على تصرف المدين وابطاله اذا ما كان ضارا بحقوقهم ، كأن يتبرع وهو صحيح بشيء من ماله والدين محيط به ولو لم يسبقه حجر (ملاحظة : قارن فى هذا الصدد الدعوة البوليصية فى الفقه الغربى ... فالحنفية يذهبون الى أن تعلق الديون بأموال المدين يبدأ من أول وقت يعتريه فيه مرض الموت ... وانما ابتدأ التعلق من ذلك الوقت محافظة على حقوق الدائنين ... فكان من ذلك أن تعلقت بالحقوق الواجبة بمال المريض كما تتعلق بتركة المتوفى اذا مات . الا أن التعلق بسبب المرض كان أضعف شأنا منه بسبب الوفاة ، فلم يفرض على المريض بسببه الا ضرب من الحجر يحول بينه وبين أن يتصرف فى أمواله تصرفا يضر بدائنيه ، ولن يظهر هذا الاثر الا عد أن يتحقق من أن المرض مرض موت ، وذلك لا يكون الا اذا اتصل الموت به فعلا بخلاف التعلق الناشىء عن الموت فانه تعلق استيفاء وسداد . ومما ذكر يتبين لنا أن تعلق الديون بأموال المريض لا يمنعها من أن تكون شاغلة لذمته وقت مرضه ، ولا يحول دون استمرار ملكيته لامواله الى وقت وفاته ، بل تبقى ذمته مشغولة بديونه ، فاذا جاءه الموت خربت وضعفت أن تتحملها لولا وجود ما يقويها كمال يتركه ، فعند ذلك تبقى ذمته قوية بذلك المال ويستمر ثبوت الدين فيها ، ولكنها تكون متعلقة بذلك المال ، مستحقة الوفاء منه ، واجبة الاداء فى الحال ، كأن ذلك المال قد حل محل الذمة أو صار عوضا عنها فتستوفى منه كما يستوفى الدين من الرهن عنه حلول أجله » .

انظر أيضا بحثا قيما فى الموضوع ذاته للاستاذ محمد ابو زهرة فى كتابه « احكام التركات والمواريث » (ص ٧ — ص ٤٦) .

هذا وقد قرن الاستاذ مصطفى الزرقا فى « الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد » (جزء٢ص٣٤) حق الشخص فى أن يتملك — وهو الحق الذى سبقت الاشارة اليه وقلنا أنه منزلة وسطى بين الرخصة والحق — بحق الدائنين فى تركة المتوفى المستغرقة بالدين ، وسمى هذه الحقوق جميعا « بالحقوق شبه العينية » على فرق ما بينها ، وعلى ما فى التعبير «بالحق شبه العينى» من تصوير تعوزه الدقة .

المرتبة الأولى : حق يتعلق بذات العين ، وهو الحق العينى الأصلى كحق الملك وحق الارتفاق .

المرتبة الثانية : حق يتعلق بذات العين دون أن يكون حقا عينياً أصلياً ، وهذا هو الالتزام بالعين .

المرتبة الثالثة : حق يتعلق بمالية العين دون ذاتيتها ، وهو الحق العينى التبعى من حق رهن وحق حبس .

المرتبة الرابعة : حق يتعلق بمالية أموال المدين لا بذوات أعيانها ويتعلق فى الوقت ذاته بالذمة وهو حق الدائنين على أموال مدينهم الميت أو المريض مرض الموت أو المحجور ، ويتأخر هذا الحق عن رهن أو حبس على عين من أموال المدين معينة بالذات وبالنسبة إلى هذه العين دون غيرها كما سبق القول .

المرتبة الخامسة : حق يتعلق بالذمة دون العين وهو الدين يتعلق بذمة المدين حال حياته إذا كان فى صحته ولم يكن محجوراً .

٢

حصر مصادر الحق فى الفقه الاسلامى

سبق أن ذكرنا أن مصدر الحق هو السبب الشرعى الذى أنشأه .

ولما كان الحق الشخصى أو الالتزام أقل بروزاً فى الفقه الإسلامى من الحق العينى للأسباب التى قدمناها ، فإن مصادر الالتزام ، أى الأسباب الشرعية المنشئة له ، لم تجمع ولم تحصر على الوجه الذى نراه فى أسباب الملك أى فى مصادر الحق العينى لذلك نتبع خطتين مختلفتين فى استقصاء مصادر الحق الشخصى ومصادر الحق العينى .

أما فى استقصاء مصادر الحق الشخصى فنستعرض هذه المصادر فى الفقه الغربى لنرى إذا كان يوجد ما يقابلها فى الفقه الإسلامى .

وأما فى استقصاء مصادر الحق العينى فنستعرض أسباب الملك وأسباب الحقوق المجردة أى حقوق الارتفاق ، ونضيف إليها أسباب حق الرهن وحقوق الحبس ، ونقابل ما بين ذلك وبين مصادر الحقوق العينية فى الفقه الغربى .

فإذا ما استقصينا على هذا النحو مصادر الحق ، شخصياً كان أو عينياً ، نظرنا فى رد هذه المصادر إلى أصولها الأولية .

(أولا) مصادر الحق الشخصى أو الالتزام

نتعقب فى الفقه الإسلامى ، كما قدمنا ، مصادر الالتزام المعروفة فى الفقه الغربى ، وهى العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

(ا) العقد

استخلاص نظرية عامة للعقد فى الفقه الاسلامى :

للعقد أظهر موضع من كتب الفقه الإسلامى ويستغرق من بحوثه حيزاً كبيراً . وظاهر أنه أهم مصدر لإنشاء الالتزام ، سواء كان التزاما بدين أو بعين أو بعمل أو بتوثيق .

وقد عرفه صاحب مرشد الحيران فى المادة ٢٦٢ بأنه عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره فى المعقود عليه . ثم ذكر أنه يترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر . ومن ثم يظهر بوضوح أن العقد مصدر للالتزام فى الفقه الاسلامى .

ولم يحاول فقهاء المسلمين وضع نظرية عامة للعقد ، بل تناولوا العقود المسماة

عقدا ، وبحثوا كل عقد فى أركانه وفى أحكامه . فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح . ومن الأحكام التى قرروها فى هذا الصدد يستظهر الباحث القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعا ، فيستخلص منها نظرية عامة للعقد . وهذا مافعله فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون فى مؤلفاتهم الحديثة . وهذا ما سنحاوله فى بحثنا هذا عند الكلام فى التصرف القانونى ، ونسير فيه على غرار نظريات الفقه الغربى لتيسير المقارنة بين هذا الفقه والفقه الإسلامى كما تقدم القول .

تقدم الفقه الاسلامى من حيث رضائية العقد :

وفى مناسبة رضائية العقد . فى الفقه الإسلامى كتبنا فى مؤلفنا « نظرية العقد »[1] مايأتى .

والذى يلفت النظر فى أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضى بأن الايجاب والقبول وحدهما كافيان فى تكوين العقد ووجه الغرابة فى ذلك أن هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل القانون الرومانى على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى فى آخر مراحل تطوره . ولعل السر فى وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البليغ فى تقرير قواعد الفقه أصولا وفروعا . ويكفى لترجيح هذا الرأى أن نذكر أن العقد فى أوروبا لم يصبح رضائيا إلا تحت تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحى وقوانين الكنيسة ، وهى تحض على وجوب الوفاء بالعهد ، فصار تقيد الانسان بكلمته متفقا مع آداب الدين . ثم انتقل ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية . وقد تم ما يعدل هذا فى الشريعة الاسلامية ، فإن مشروعية العقد تستند عادة إلى القرآن والحديث قال الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود — وأوفوا بالعهد إن العهد

---

(١) نظرية العقد ص ٦٣ .

كان مسئولا – وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها، وقد جعلتم الله عليكم كفيلا »، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: « لا أمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له ».

(ب) الارادة المنفردة

اتساع ميدان الارادة المنفردة فى الفقه الاسلامى:

للإرادة المنفردة فى الفقه الاسلامى ميدان فسيح نراها فيه تنتج آثاراً قانونية متنوعة. فهناك أولا تصرفات هى عقود فى الفقه الغربى وتتم فى الفقه الاسلامى بإرادة منفردة(١). وهناك ثانيا تصرفات تتم بإرادة منفردة فى كل من الفقه الاسلامى والفقه الغربى. وهناك أخيراً آثار قانونية كثيرة غير إنشاء الالتزام تحدثها الإرادة المنفردة شأنها فى ذلك شأن الفقه الغربى.

فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الالتزام ومن حيث إنتاج الآثار القانونية المختلفة لا تقل فى الفقه الاسلامى عنها فى الفقه الغربى. بل هى فى الفقه الاسلامى تزيد، فقد قدمنا أن هناك تصرفات لا تتم إلا بتقابل إرادتين فى القوانين الغربية، وتتم فى الفقه الاسلامى بإرادة منفردة. وفوق ذلك فإن مذهب مالك – وقد بلغ فى هذا مبلغ الفقه الجرمانى – قد جعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاما للالتزام.

وهانحن نستعرض الأحوال الثلاث التى تولد فيها الإرادة المنفردة آثاراً قانونية

---

(١) قارن ما جاء فى « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ محمد أبو زهرة (ص ١٩٠) « ومن هذا كله يتبين أن الارادة المنفردة لها مكانها فى الالتزامات الشرعية، ولكن فى التصرفات التى لا تنعقد بايجاب وقبول. أما ما ينعقد بالايجاب والقبول فالارادة المنفردة ليس هى مناط الالتزام فيه ». ويبدو ان اللبس فى هذاالقول يرجع الى تصور ان تكون الارادة المنفردة هى مناط الالتزام فيما ينعقد بالايجاب والقبول، ومهما يكن من أمر ذلك فى الفقه الاسلامى، فظاهر على كل حال أن منطقة الارادة المنفردة غير منطقة العقد، ولا يمكن أن يكون للارادة المنفردةمكان غير المنطقة الاولى.

تصرفات هى عقود فى الفقه الغربى وتتم فى الفقه الاسلامى بإرادة منفردة :

والمتأمل فى الفقه الاسلامى يستطيع أن يميز فى هذا الصدد بين طوائف ثلاث من العقود أو التصرفات : الطائفة الأولى ويدخل فيها البيع والايجار ، والطائفة الثانية ويدخل فيها الكفالة والقرض ، والطائفة الثالثة ويدخل فيها الهبة والعارية .

أما البيع والايجار فلامشاحة فى أن الركن فى كليهما هو الايجاب والقبول .

وأما الكفالة والقرض فيبدأ فى أمرهما الشك ، هل الركن هو الايجاب والقبول أم هو الايجاب فحسب . وقد ورد فى الكفالة أن ركنها الايجاب من الكفيل ، أما القبول من الطالب (الدائن) فليس بركن فى أحد قولين لكل من أبى يوسف والشافعى . وعند الإمام ومحمد وقول لأبى يوسف وقول للشافعى قبول الطالب ركن فى الكفالة . وجه القول الأول أن الكفالة ضم لغة ، والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعا ، وليست بتمليك . ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر . ووجه القول الثانى أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك ، والتمليك لايتم إلا بالايجاب والقبول كالبيع . وورد فى القرض أن ركنه عند أبى يوسف فى إحدى روايتيه الايجاب من المقرض ، أما القبول من المقترض فليس بركن . والقبول ركن فى القرض عند محمد وفى إحدى الروايتين عن أبى يوسف .

بقيت الهبة والعارية . وفيها يتغلغل الشك أكثر مما رأينا فى الطائفة الثانية من العقود ، ويرجح القول بأن الركن هو الايجاب فحسب . فالهبة ركنها الايجاب من الواهب . أما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً ، وهذا هو قول الإمام وصاحبيه . والقياس أن يكون القبول ركنا ، وهو قول زفر . وجه الاستحسان ، على مايقول الكاسانى (١) ، أن الهبة فى اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها

(١) البدائع جزء ٦ ص ١١٥ .

لا لوجودها فى نفسها ، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام . . ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول . وثمرة الخلاف بين القولين تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب منه فلم يقبل ، أنه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث(١) . وركن العارية الايجاب من المعير . أما القبول من المستعير فليس بركن عند الإمام وصاحبيه استحسانا . والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، كما فى الهبة ، حتى أن من حلف لا يعير فلانا فأعاره ولم يقبل يحنث عند الإمام وصاحبيه ، ولا يحنث عند زفر .

ونحن نرى أن الأمر فى هذه الطوائف الثلاث من التصرفات مرده إلى الاعتبار الآتى : الطائفة الأولى من التصرفات ، وفيها البيع والايجار ، معاوضات

---

(١) وقد جاء فى تكملة فتح القدير لقاضى زادة (جزء ٧ ص ١١٤ – ١١٥) ما يأتى : « قال صاحب النهاية أى تصح بالايجاب وحده فى حق الواهب وبالايجاب والقبول فى حق الموهوب له ، لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ، فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ، ولكن لايملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض . وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا فى مسائل متفرقة من كتاب الايمان فى قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل ، فقد بر فى يمينه بخلاف البيع ... واعلم أن صاحب الكافى وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر ، فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد ، وقيام العقد بالايجاب والقبول ، لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه ، والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله ، وانما يحنث لو حلف ألا يهب فوهب ولم يقبل ، لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير ، انتهى كلامهما . أقول هذا التقرير .. يرد عليه أن التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف الا يهب فوهب ولم يقبل يقتضى أن يحنث فيما لو حلف الا يبيع فباع ولم يقبل ، لان المقدور له فى كل عقد هو الايجاب لا القبول ، مع أنه لا يحنث فى صورة البيع كما صرحوا به . والحاصل أن كلمات القوم فى هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب . وعن هذا قال صاحب غاية البيان : وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه . قال شيخ الاسلام جواهر زادة فى مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ، ولم يجعل قبوله الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ، ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث فى يمينه عندنا . وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول ، ووجهه أن الهبة عقد والعقدهوالايجاب والقبول ، الى هنا انتهى كلامه . وقال صاحب البدائع : أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا ، والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر ، وفى قول قال القبض ايضا ركن . وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل ، انه يحنث استحسانا . وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل . وفى قول ما لم يقبل ويقبض ، وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلميقبل أنه لا يحنث » .

ابتداء وانتهاء ، فيلتزم كل من المتعاقدين ، ومن ثم لايتم العقد إلا بإرادة كل منهما ، فيكون الركن هو الايجاب والقبول دون خلاف . والطائفة الثانية من التصرفات، وفيها الكفالة والقرض ، تبرعات ابتداء معاوضات انتهاء ، فتسرب الشك فيما إذا كان يلزم قبول الدائن فى الكفالة و المقترض فى القرض مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع فى بدايته . فغلب القول بأن هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة فى نهايته ، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الايجاب والقبول[١] . والطائفة الثالثة من التصرفات ، وفيها الهبة والعارية ، تبرعات ابتداء وانتهاء ، فتغلغل الشك فيما إذا كان يلزم قبول الموهوب له فى الهبة و المستعير فى العارية مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع فى بدايته وفى نهايته ، فغلب القول بأن هذا القبول غير لازم ، ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الايجاب فحسب[٢] . ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل أن التصرف فى الفقه الاسلامى يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاما فى جانب كل من الطرفين ولو انتهاء ، أما التصرف الذى يرتب التزاما فى جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده . فكأن الالتزام يكفى فى إنشائه إرادة الملتزم وحدها ، وكأن العقد نفسه ، وهو إيجاب وقبول ، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر ، فإذا صح هذا النظر ، أمكن القول فى الفقه الاسلامى إن الأصل فى التصرفات هى الإرادة المنفردة لا العقد .

---

(١) وكالكفالة والقرض عقد الرهن . فسنرى أن فيه خلافا ، هل ينعقد بالايجاب والقبول أم ينعقد بالايجاب من الراهن وحده . وسنرى أيضا أن الراجح هو أنه ينعقد بالايجاب والقبول، ذلك لانه اذا كان تبرعا ابتداء فهو معاوضة انتهاء .

(٢) وهذا خير من التعليل الذى نقلناه عن صاحب البدائع . فان الذى يتبرع لآخر تبرعا محضا يكفى فى ذلك ايجابه ، أما قبول الآخر لتبرع لمحض مصلحته فغير مطلوب ، وانما يرتد التصرف بالرد كما فى الابراء . وهذا هو عين ما وقع عندما صاغ واضعو قانون نابليون عقد الهبة ، فعرفوا الهبة فى البداية بانها (contrat) ، فابى نابليون ، مطاوعا فى ذلك البداهة ، الا ان تكون تصرفا (acte) . وعلى هذا الوجه الاخير ورد تعريفهـا فى القانون المدنى الفرنسى .

تصرفات تتم بإرادة منفردة :

وهذه هي : (١) الالتزام . (٢) والوعد . (٣) والنذر .

فالالتزام يطلق في الفقه الاسلامي على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة ، فيقال المطلوبات المترتبة على الالتزام أي الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة . فإذا التزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه ، فهل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هذه أن يعطي المال الذي التزم بأعطائه؟ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة أن هذا من قبيل التبرع والتبرع غير ملزم عندهم . أما عند مالك فهو ملزم ما لم يمت الملتزم أو يفلس ، ذلك أن الموت والإفلاس يسقطان هذا الالتزام ، فلا يجب شيء للملتزم له ، لا في التركة ولا في التفليسة .

ويميز الفقهاء بين الالتزام والوعد . فالالتزام هو ما تقدم . أما الوعد فهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال . وقد يقع الوعد على عقد أو عمل ، كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضا أو ببنائه داراً . وجمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء . ولكن المالكية اختلفوا فيه على أربعة أقوال : أولها أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يمت الواعد أو يفلس . والثاني أنه غير ملزم ولا يقضى به في أية حال . والثالث أنه ملزم إن كان على سبب ، دخل الموعود في السبب أو لم يدخل . والرابع أنه ملزم إن كان على سبب ودخل الموعود من أجل الوعد في السبب . ونأتي بمثال يوضح القولين الأخيرين : يعد شخص آخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج ، فهذا الوعد ملزم للواعد ، تزوج الموعود أو لم يتزوج على القول الثالث ، وهو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعود قد تزوج على القول الرابع .

وإلى جانب الالتزام والوعد يوجد النذر ، هو التزام فيه قربة لله تعالى بصيغه تدل على ذلك . وحكمه عند الحنفية وجوب الوفاء به ، ولكنه يسقط

بموت الناذر . وحكمه عند المالكية والشافعية وجوب الوفاء به إذا علق على مرغوب فيه ، والتخيير بين الوفاء والكفارة إذا علق على مرغوب عنه(١) .

الإرادة المنفردة تحدث آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام :

وفى الفقه الاسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، قد تحدث الإرادة المنفردة آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام . فتارة تكون سبباً لكسب الملكية كالوصية . وتارة تكون إسقاطا كالإبراء والوقف . ونذكر إلى جانب ذلك إجازة العقد ، وإقراره من الغير . واستعمال خيار من الخيارات المعروفة ، وعزل الوكيل ، وإجازة الوصية ، كل هذه وغيرها إرادات منفردة تحدث آثاراً قانونية مختلفة ، كل إرادة بحسب ما تقصد إليه .

---

(١) أما الجعالة فلا تقوم على الارادة المنفردة « والجعالة أو الجعل تكون فى العبد الآبق يرده الآخذ على صاحبه ، فيستحق جعلا دون شرط عند الحنفية ، وعند الشافعى لا يثبت الجعل الا بالشرط . وأما بيان قدر الجعل فينظر : ان رد العبد من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله أربعون درهما ، وان رده دون ذلك فبحسابه ، وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه ، لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره .. هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل ، فان كانت مثل الجعل أو أنقص منه بنقص من قيمته درهم عند ابى حنيفة ومحمد ، وقال ابو يوسف له الجعل تاما » . (البدائع جزء ٦ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٦) .

ويتبين مما نقلناه عن البدائع أن الالتزام هنا لا يقوم على الارا دةالمنفردة . فالجعل عند الحنفية واجب دون شرط ، وعند الشافعى لا يجب الا بالشرط أى بالعقد لا بالارادة المنفردة . ثم ان الجعل مقدر شرعا لا بالاتفاق ، وهو عند الحنفية أقرب الى أن يكون قائما على قاعدة الاثراء بلا سبب ولا يقوم على الارادة .

وكالجعالة نفقة الضالة ، فمن وجدها وأنفق عليها بأمر القاضى يكون دينا على مالكها ، وان أنفق بغير اذن القاضى يكون متطوعا ، فينبغى أن يرفع الامر الى القاضى ينظر فى ذلك ، فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره بأن يؤاجرها وينفق عليها من أجرتها نظرا للمالك . وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشى أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها (يقوم) مقامها (كما) فى حكم الهلاك . وان رأى الاصلح ألا يبيعها بل ينفق عليها ، أمره بأن ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ، ويكون ذلك دينا على صاحبها ، حتى اذا حضر يأخذ منه النفقة . وله أن يحبس اللقطةبالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن . وان أبى أن يؤدى النفقة باعها القاضى ودفع اليه قدر ما أنفق » (البدائع جزء ٦ ص ٢٠٣) .

ومن كل هذا يتبين أن نفقة الضالة كالجعالة ، انما تقوم على مبدأ الاثراء بلاسبب ، ولادخل فيها للارادة ، فليس فى الجعالة ولا فى نفقة الضالة ما يقابل الوعد بجائزة فى الفقه الغربى وهو الوعد الذى يقوم على الارادة المنفردة .

(حـ) العمل غير المشرع

لا توجد قاعدة عامة :

فى العمل غير المشروع ، كما فى العقد وكما فى الإرادة المنفردة ، لا توجد قاعدة عامة فى الفقه الاسلامى تجعله مصدراً للالتزام بوجه عام . ولكن هنا كهناك تغنى التطبيقات عن القاعدة .

حق الله وحق العبد :

والأصل أن الحق نوعان . حق الله وحق العبد .

فحق الله مايتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد ، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه . وحقوق الله ثمانية : عبادات خالصة كالإيمان ، وعقوبات خالصة كالحدود ، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث ، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات ، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر ، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر ، ومؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج ، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم (١) . ويتبين من ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة ، يتلاقى فيها الدين مع القانون العام (٢) ، ثم القانون الجنائى مع القانون المالى .

وحق العبد ما تتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان . فحق العبد إذن يدخل فى منطقة القانون الخاص .

---

(١) التلويح والتوضيح ص ٧٠٥ .

(٢) والقانون العام فى الفقه الاسلامى أقل تطورا من القانون الخاص ، فهو لا يزال فى مراحله الاولى لم يقطع شوطا كافيا فى ميدان التقدم . ويبدو أن السبب فى وقوف القانون العام عن التطور يرجع الى قيام حكومات مستبدة متعاقبة فى الاسلام ، كانت مهمتها اخماد اى حركة فقهية تقيم أصول الحكم على أسس من الحرية السياسية والحقوق العامة الديمقراطية . أما القانون الخاص فى الفقه الاسلامى ، فقد تقدم تقدما كبيرا ، لان الحكومة المستبدة لم يكن يضيرها تقدمه .

وهناك مايجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحقوق الله ، وما يجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب كالقصاص ويلحق بحقوق العبد(١) .

جزاء حق الله :

وجزاء حق الله عقوبة عامة ، وهى الحد والتعزير فى حقوق لله والكفارة والحرمان من الميراث .

فالحد هو عقوبة مقررة حددها الشارع . والحدود خمسة : قطع اليد فى السرقة ، والرجم أو الجلد مائة فى الزنا ، والجلد ثمانين فى الشرب (من شراب معين ولولم يسكر) ، والجلد ثمانين فى السكر (من أى شراب بشرط أن يسكر)، والجلد ثمانين فى القذف . يضاف إلى هذه الحدود حد قاطع الطريق ، وهو قطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال ولم يقتل ، والقتل إن قتل ولم يأخذ المال ، والقتل او الصلب بعد قطع اليد والرجل أو دون قطع إن أخذ المال وقتل ، والنفى إن أخاف دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً .

والتعزير فى حقوق الله يكون فى جناية فى حق الله ليس لها حد مقرر فى الشرع . ويجب إما بجناية ليس فى جنسها مايوجب الحد ، وإما بجناية فى جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه . ويقع بالحبس أو الضرب أو الكهر والاستخفاف بالكلام . ونرى من ذلك أن الجنايات فى حق الله ، فى غير الحدود المقررة ، متروك تقديرها للقاضى من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقدير العقوبة(٢) .

والكفارة عقوبة دائرة بين الخالصة والقاصرة ، وتجب فى القتل الخطأ .

---

(١) التلويح والتوضيح ص ٧١٢ .

(٢) وهذا يدل على أن القانون الجنائى فى الفقه الاسلامى لم يتقدم فى أصوله وأحكامه تقدم القانون المدنى . بل بقى باب التعزير واسعا يدخل منه التشريع والقضاء والفقه لتقرير المبادىء الحديثة فى القانون الجنائى ، فان الفقه الاسلامى فى الحالة التى هو عليها لم يعرض لهذه المبادىء باثبات أو بنفى ، فهو لا يقررها ولا يعارضها .

والحرمان من الميراث عقوبة قاصرة . ويمكن مع القوانين الحديثة القول بأن الحرمان من الميراث عقوبة تبعية توقع ، إلى جانب العقوبة الأصلية ، على القاتل إن كان يرث من المقتول .

والعقوبه العامة ، أيا كانت ، تتميز بالخصائص الآتية :

(١) لا يجوز فيها العفو أو الإبراء أو الصلح .

(٢) ويفوض استيفاؤها للإمام .

(٣) ويجرى فيها التداخل ، أى لا يقام على الجانى إلا حد واحد ولو تكررت الجناية .

(٤) وتتنصف بالرق ، فالعبد يقام عليه نصف الحد الذى يقام على الحر ، ويجلد أربعين جلدة لا ثمانين فى الزنا والشرب والسكر والقذف .

(٥) ولا يجرى فيها الارث ، فلا تنتقل إلى ورثة الجانى يعاقبون مكانه بعد موته ، ولا إلى ورثة المجنى عليه يطالبون باستيفائها بعد موت مورثهم ، إذ أن استيفاءها مفوض للإمام لا للمجنى عليه ولا لورثته كما سبق القول . وغنى عن البيان أن هذه الخصائص هى خصائص العقوبة الجنائية فى الفقه الجنائى الحديث فالعقوبات العامة التى تقدم ذكرها هى إذن العقوبات الجنائية فى الفقه الاسلامى .

جزاء حق العبد :

وجزاء حق العبد إما عقوبة خاصة أو ضمان أو جزاء يدور بين العقوبة والضمان.

العقوبة الخاصة :

والعقوبة الخاصة هى :

أولا : التعزير فى حقوق العبد . وهو كالتعزير فى حقوق الله من حيث وجوبه فى جناية ليس لها حد مقرر فى الشرع ، ومن حيث قدره من ضرب

وحبس وكهر مع استخفاف بالكلام . ولكن الجناية التى يعزر فيهاهنا تكون جناية من حقوق العبد ، ولذلك كان التعزير عليها عقوبة خاصة .

ثانياً : القصاص . ويجب فيما تمكن فيه المماثلة بين المحلين ، وقد جاء فى القرآن الكريم : « وكتبنا عليهم أن النفس بالنفس ، والعين بالعين ، والجروح قصاص » . فهو يجب إذن :

(١) فى القتل العمد ، والقصاص هنا إما من حق الميت والورثة خصوم فى استيفاء حقه كما فى المال ، وإما حق الورثة ابتداء وإلى ذلك ذهب أبو حنيفة . ويسقط القصاص بالعفو من المقتول قبل موته أو من أحد أولياء الدم أو بالصلح على الدية .

(٢) فى الجناية عمداً على ما دون النفس إذا أمكنت المماثلة بين المحلين فى المنافع والفعلين . فمن قطع إصبع آخر متعمداً قطع إصبعه ، ومن قلع عيناً لآخر عن عمد قلعت عينه ، وهكذا .

والعقوبة الخاصة ، على عكس العقوبة العامة ، تتميز بالخصائص الآتية :

(١) يجوز فيها العفو والابراء والصلح .
(٢) ويفوض استيفاؤها إلى المجنى عليه أو وليه .
(٣) ولا يجرى فيها التداخل فتتكرر العقوبة بتكرر الجناية .
(٤) ولا تتنصف بالرق ، فعقوبة العبد مثل عقوبة الحر .
(٥) ويجرى فيها الارث من جهة المجنى عليه ، ولكن لا يجرى الارث من جهة الجانى .

ويلاحظ هنا أن عقوبة القتل العمد ، وهى القصاص ، تعتبر عقوبة خاصة فيجوز فيها العفو والابراء والصلح ، بينما ترقى عقوبة القذف إلى مستوى العقوبات العامة فلا يجوز فيها شىء من ذلك . وهذا يدل مرة أخرى على وقوف القانون الجنائى فى الفقه الاسلامى عن التطور . ويلاحظ أيضاً أن القانون الجنائى فى الفقه الاسلامى لم ينفصل انفصالا تاماً عن القانون المدنى

كما تم ذلك فى الفقه الغربى . فالجرائم التى تعتبر اليوم فى الفقه الغربى جرائم جنائية يعاقب عليها فى الفقه الاسلامى تارة بعقوبات عامة أى بعقوبات جنائية كالحدود والتعزير فى حقوق الله ، وتارة بعقوبات خاصة وهى التعزير فى حقوق العبد والقصاص ، وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية ، وقد فصل الفقه الحديث بين المعنيين ويلاحظ أخيراً أن الجزاء فى الفقه الاسلامى يتدرج من العقوبة العامة ، إلى العقوبة الخاصة ، إلى جزاء يدور بين العقوبة والضمان ، إلى ضمان محض . وفى هذا تدرج ملحوظ من العقوبة الجنائية إلى التعويض المدنى .

الجزاء الذى يدور بين العقوبة والضمان :

هذا الجزاء هو :

أولا : الدية ـــ وهى مائة من الابل أو ألف دينار أو عشرة آلاف من الدراهم وتجب فى :

(١) القتل غير العمد(١) . فإذا وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد تتحملها

(١) والقتل فى الفقه الاسلامى أربعة أنواع : قتل هو عمد محض ليس فيه شبة العدم ، وقتل عمد فيه شبة العدم وهو المسمى بشبه العمد ، وقتل هو خطا محض ليس فيه شبهة العدم ، وقتل هو فى معنى القتل الخطأ . أما الذى هو عمد محض فهو أن يقصد القاتل بحديد له حد أو طعن كالسيف والسكين والرمح والاشفار والابرة وما اشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الاشياء فى الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمروة والرمح الذى لا أسنان له ونحو ذلك . وكذلك الآلة المتخذة من النحاس ، وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفاس والمرو ونحو ذلك عمد فى ظاهر الرواية ... وأما شبه العمد فثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه . أما المتفق عليه فهو أن يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال فى الضربات . وأما المختلف فيه ، فهو أن يضرب بالسوط الصغير ويوالى فى الضربات الى أن يموت ، وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى ، وعند الشافعى رحمه الله هو عمد . وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها ، فهو شبه عمد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما ، وعند الشافعى هو عمد . ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد ، فما كان شبه العمد فى النفس فهو عمد فيما دون النفس

العاقلة — وعاقلة الشخص قبيلته وهو منها — وإذا وجبت بغير ذلك وجبت فى مال القاتل فلا تعقل العاقلة الصلح ولا الإقرار ولا العمد.

(٢) الجناية على مادون النفس من غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة، ويتبين من ذلك أن الجناية على النفس أو على مادونها فى عضو تمكن فيه المماثلة، إذا كانت عمدا تستوجب القصاص، وإذا كانت غير عمد تستوجب الدية.

ثانيا — الأرش : وهى جزء من الدية . فإذا تعدد العضو الذى تمكن فيه المماثلة وأصيب بعض منه ، فالدية تجب بنسبه ما أصيب ، وتسمى فى هذه الحالة أرشا . ومن ثم يجب نصف الدية فى اليد الواحدة ، وربعها فى أحد أشفار العين الأربعة ، والعشر فى الاصبع ، ونصف العشر فى السن .

ثالثا — حكومة العدل : وتكون فى الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة ، عمدا كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضى ، وهذا هو معنى حكومة العدل . ويخلص من ذلك أن حكومة العدل فى المسئولية التقصيرية تعدل التعزيز فى المسئولية الجنائية سواء كان التعزيز فى حقوق الله أو فى حقوق العبد ، وذلك من حيث السلطة التقديرية الموكولة للقاضى . ويخلص من ذلك

= لان ما دون النفس لا يقصد اتلافه بآلة دون آلة عادة ، فاستوت الآلات كلها فى الدلالة على القصد ، فكان الفعل عمدا محضا ... وأما القتل الخطأ ، فالخطأ قد يكون فى نفس الفعل ، وقد يكون فى ظن الفاعل . أما الاول فنحو أن يقصد صيدا فيصيب آدميا ، وأن يقصد رجلا فيصيب غيره ، فان قصد عضوا من رجل فاصاب عضوا آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ . وأما الثانى فنحو أن يرمى الى انسان على ظن أنه حربى أو مرتد فاذا هو مسلم ... وأما القتل الذى هو فى معنى الخطأ فنوعان : نوع هو فى معناه من كل وجه وهو أن يكون على طريق المباشرة ، ونوع هو فى معناه من وجه وهو ان يكون من طريق التسبب . أما الاول فنحو النائم ينقلب على انسان فيقتله ، فهذا القتل فى معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لانه مات بثقله ، فترتب عليه احكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية ، لانه اذا كان فى معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الاحكام هناك ورودا ههنا دلالة ، وكذلك لو سقط انسان من سطح على قاعد فقتله .. وأما الثانى فنحو جناية الحافر ومن فى معناه ممن يحدث شيئا فى الطريق أو المسجد ، وجناية السائق والقائد ، وجناية الناخس ، وجناية الحائط » . (البدائع جزء ٧ ص ٢٢٣ — ص ٢٣٤ وص ٢٧١ وص ٢٧٤) .

أيضا أن حكومة العدل ، وهى أكثر مرونة من القصاص والدية والأرش ، تكاد تضع مبدأ عاما فى الفقه الإسلامى يقضى بأن العمل غير المشروع الذى يصيب الجسم فيما لا تمكن فيه المماثلة — ويدخل فى هذا أكثر الجراح والشجاج وأكثر ضروب الأذى — عمدا كان أو غير عمد ، يوجب التعويض بمقدار متروك تقديره للقاضى . وهذا المبدأ الجوهرى المتعلق بالعمل غير المشروع الذى يصيب الجسم يكمل مبدأ جوهريا آخر متعلقا بالعمل غير المشروع الذى يصيب المال ، وهو الضمان وبخاصة فى الإتلاف والغصب . وبمجموع هذين المبدأين الجوهريين يمثل المسئولية التقصيرية فى الفقه الإسلامى ، فتخلص لنا قاعدة تكاد تكون عامة ، هى أن أكثر الأعمال غير المشروعة التى تصيب الجسم أو المال تستوجب التعويض ، فهى إذن مصدر للالتزام .

الضمان :

وهذا هو التعويض المدنى المحض . والضمان نوعان : ضمان العقد وهذه هى المسئولية العقدية ، وضمان الفعل وهذه هى المسئولية التقصيرية فى خصوص المال ، وهى التى تعنينا هنا فنقف عندها . والضمان على هذا النحو ، أى ضمان الفعل ، لا يكون إلا فى الجرائم التى تقع على المال . ولا توجد قاعدة عامة الفقه الإسلامى تقضى بأن كل عمل غير مشروع يلحق ضررا بالمال يوجب التعويض فيكون مصدر الالتزام . ولكن الفقهاء نصوا على الأحوال التى يجب فيها الضمان . ونذكر منها خمساً ، أهمها الحالتان الأخيرتان :

أولا : بعض الجنايات التى تستوجب الحد أو تستوجب عقوبة عامة ، كالسرقة وقطع الطريق . وللسرقة حكمان ، أحدهما يتعلق بالنفس وهو القطع ، والآخر يتعلق بالمال وهو الضمان . والشافعى يجمع بين الجزاءين ، وهذا يتفق مع الفقه الحديث حيث يجمع بين الدعوى العمومية والدعوى

المدنية . أما الحنفية فلا تجمع بين القطع والضمان لأن المضمونات عندهم تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ ، فلو ضمنا السارق قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الأخذ ، فتبين أنه قطع فى ملك نفسه وهذا لا يجوز . والضمان يكون إذا هلك الشيء المسروق فيلزم السارق مثله أو قيمته ، إذا بقى قائما فيجب رده إلى صاحبه .

ولقطع الطريق كما للسرقة حكمان ، أحدهما يتعلق بالنفس وهو وجوب الحد ، والآخر يتعلق بالمال وهو وجوب الرد إن كان المال قائما بعينه، ولصاحبه أن يأخذه أينما وجده ، فى يد المحارب أو فى يد من ملكه المحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ، وإن لم يكن المال قائما ضمنه قاطع الطريق مثله أو قيمته .

ثانيا : الإكراه وهو حمل الغير ما يرضاه ولا يختار مباشرته. وهو إما ملجىء يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، أو غير ملجىء يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار. وأثر الإكراه فى التصرفات القانونية أنه يفسدها ، ملجئا كان أو غير ملجىء. أما التصرفات الفعلية ، أى الأعمال المادية ، فلا يفسدها إلا الإكراه الملجىء. وإذا أكره شخص آخر على الإتيان بعمل مادى ضار ، فحكمه أن يضاف الحكم إلى الحامل ابتداء لا نقلا من الفاعل إليه . فلو أكرهه على رمى صيد، فأصاب إنسانا ، فالدية على عاقلة الحامل والكفارة عليه . كذلك لو أكرهه على إتلاف المال ، اعتبر الحامل متلفاً بتسبب ، ووجب الضمان لوجود ركن التعدى [1] .

ثالثاً : التغرير ويفسد العقد إذا تسبب عنه غبن فاحش . أما فيما بين المغرر والمغرر به فإن « الغرور لا يوجب الرجوع ، فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص ، أو كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات ، لا ضمان إلا فى ثلاث مسائل : الأولى – إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت ، فإنه يرجع على

---

(١) التلويح والتوضيح ص ٧٩١ – ص ٧٩٨ .

المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد . الثانية — أن يكون فى ضمن عقد معاوضة ، فيرجع المشترى على البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشترى ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء له . الثالثة أن يكون فى عقد يرجع نفعه إلى الدافع كالوديعة والإجارة ، حتى لو هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه ، وكذا من كان بمعناهما ، وفى العارية والهبة لا رجوع لأن القبض كان لنفسه »[١]

رابعاً : الغصب وهو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل فى العين . فهذه قيود ستة :

(١) مال . (٢) متقوم . (٣) محترم (٤) بلا إذن من له الإذن.
(٥) على وجه يزيل يده . (٦) بفعل فى العين .

خرج بالقيد الأول الحر والميتة لأنها ليس بمال . وخرج بالقيد الثانى خمر المسلم لأنه مال غير متقوم ، وخرج بالقيد الثالث مال الحربى لأنه مال متقوم غير محترم . واحترز بالقيد الرابع عن الوديعة وغيرها مما يكون سببا شرعيا فى تسليم المال للغير لأن المال المتقوم المحترم أخذ بإذن صاحبه . أما القيدان الخامس والسادس فلا بد منهما على أصل الشيخين دون محمد . فى القيد الخامس اعتبر الشيخان فى الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة ، واكتفى محمد بإثبات اليد المبطلة . ويتفرع على ذلك أن زوائد المغصوب غير مضمونة عند الشيخين ، لأن إثبات اليد المبطلة غير مصحوبة بإزالة اليد المحقة [٢] . وفى القيد السادس أضاف الشيخان أن تكون إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة بفعل فى العين . ويترتب على ذلك أن العقار لا يغصب عندهما لأن إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة لم يكن بفعل وقع على العين بل على الشخص ، حتى لو منع رجلا من دخول داره ، أو لم يمكنه من أخذ

---

(١) مجمع الضمانات ص ٤٥٤ .

(٢) كذلك اللقطة اذا أخذها شخص وقصد تملكها لا يصير غاصبا عند الشيخين ، لانه اذا كان قد أثبت اليد المبطلة فانه لم يزل اليد المحقة .

ماله ، لايكون غاصبا بذلك ، وكذلك لو منع المالك عن المواشى حتى ضاعت لايضمن ، ولو نقلها من موضعها يصير غاصبا . ولو جلس على البساط لايكون غاصبا ، فإن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه (١) .

---

(١) هذا هو الغصب . وقد يلتبس بالسرقة ، فيجب التمييز بينهما فى وضوح لان السرقة فيها القطع ، ولا حد فى الغصب . وتتميز السرقة عن الغصب بانها أخذ من الحرز على سبيل الاستخفاء . ووضع لها صاحب البدائع حدودا دقيقة فقال :

« أما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء .. ثم الاخذ على وجه الاستخفاء نوعان : مباشرة وتسبب » .

« أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز وأخذ متاعا فحمله أو لم يحمله ، حتى ظهر عليه وهو فى الحرز قبل أن يخرجه ، فلا قطع عليه ، لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد . وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز ، فلا قطع عليه ، لان يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز ، فان لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز ، يقطع ... ولو رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمى له ، فلا قطع على واحد منهما ، أما الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز ، وأما الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه .. السارق اذا نقب منزلا وأدخل يده واخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ؟ ذكر فى الاصل وفى الجامع الصغير انه لا يقطع ولم يحك خلافا . وقال ابو يوسف فى الاملاء اقطع ولا أبالى دخل الحرز أو لم يدخل . وعلى هذا الخلاف اذا نقب وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فرفع . وجه قوله ان الركن فى السرقة هو الاخذ من الحرز ، فاما الدخول فى الحرز فليس بركن ، ألا ترى انه لو ادخل يده فى الصندوق أو الجوالق وأخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول . ولهما ماروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال : واذا كان اللص ظريفا لم يقطع ، وقيل كيف يكون ظريفا ، قال يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها . ولم ينقل انه انكر عليه منكر ، فيكون اجماعا . ولان الحرز على سبيل الكمال شرط لان به تتكامل الجناية ، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول متعذر ، فكان الاخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا ، فيقطع . ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار ، لان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد .. فلم يكن الاخراج الى صحن الدار اخراجا من الحرز ، بل هو نقل عن بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية أخرى .. ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعه يقطع ، لانه ان لم يوجد الاخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لان الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة ، فتحققت السرقة والله تعالى أعلم . »

« وأما التسبب فهو ان يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعا ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل . فالقياس الا يقطع الا الحامل خاصة وهو قول زفر . وفى الاستحسان يقطعون جميعا . وجه القياس أن ركن السرقة لا يتم الا بالاخراج من الحرز ، =

ويجب على الغاصب رد المغصوب ، لو كان قائما ، فى مكان غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأمكنة ، وأجرة الرد على الغاصب . وإن هلك ، ولو بقوة قاهرة ، فعلى الغاصب رد مثله أو قيمته يوم غصبه . ولو غصب المغصوب من الغاصب ، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن غاصب الغاصب ، فإن ضمن الأول يرجع بما ضمن على الثانى ، وإن ضمن الثانى لا يرجع على الأول ، ولو اختار المالك تضمين أحد الغاصبين ليس له أن يطالب الآخر . ولو باع الغاصب المغصوب ، فالمالك مخير فى تضمين من شاء ، فإذا ضمن المشترى رجع بما ضمن على البائع .

خامسا : الاتلاف ويكون مباشرة أو تسببا . فالاتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر . والاتلاف تسببا يكون بعمل يقع على شيء فيفضى إلى تلف شيء آخر . فمن قطع حبل قنديل معلق ، فسقط القنديل على الأرض وانكسر ، يكون قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا .

والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا أو متعديا . فإذا انقلب النائم على متاع وكسره وجب الضمان . ولو أن طفلا يوم ولد انقلب على مال إنسان فأتلفه ضمن ما أتلف . وكذا المجنون الذى لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان . ولو أن دابة يركبها إنسان داست شيئا وأتلفته عد الراكب أنه أتلف الشيء مباشرة وضمن .

= وذلك وجد منه مباشرة ، فاما غيره فمعين له ، والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب . وجه الاستحسان أن الاخراج حصل من الكل معنى ، لان الحامل لا يقدر على الاخراج الا باعانة الباقين وترصدهم للدفع ، فكان الاخراج من الكل من حيث المعنى ، ولهذا الحق المعين بالمباشر فى قطع الطريق وفى الغنيمة ، كذا هذا . ولان الحامل عامل لهم ، فكانهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز . ولان السارق لا يسرق وحده عامة بل مع أصحابه ، ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والاخراج بل يرصد البعض ، فلو جعل ذلك مانعا من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة ، وهذا لا يجوز ، ولهذا ألحقت الاعانة بالمباشرة فى باب قطع الطريق كذا هذا ، والله تعالى أعلم . » البدائع جزء ٧ ص ٦٥ ـ ص ٦٦) .

كل هؤلاء باشروا الاتلاف فيضمنون ولو دون تعمد أو تعد [١]. ولو حفر بئرا فى ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه ، لأنه متسبب لا مباشر ولم يتعد. ولو حفر البئر فى غير ملكه ضمن ، لأنه متعد . ولو سعى إلى سلطان ظالم حتى غرم رجلا ، فلو بحق لا يضمن ، لأنه لم يتعد ، والسعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب أو لا يكون قصده إقامة الحسبة [٢]. وإذا أمر إنسانا بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لأن الأمر لم يصح ، وفى كل موضع لا يصح الأمر لا يجب الضمان على الآمر [٣] وإذا توافرت شروط الاتلاف المتقدمة الذكر ووجب الضمان ، دفع المتلف إلى صاحب المال المثل أو القيمة وقت الاتلاف.

(د) الإثراء بلا سبب

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الرومانى والقانون الإنجليزى :

يعترف القانون الرومانى فى كثير من التوسع بمبدأ الأثراء بلا سبب ، ويقول جيرار [٤] إن اعتراف القانون الرومانى بمبدأ الأثراء بلا سبب قديم يرجع إلى المراحل الأولى من تطوره ، بل لعله أقدم من اعترافه بالعمل غير المشروع وبالعقد .

وعلى العكس من ذلك القانون الانجليزى ، فإنه لا يعترف بالأثراء بلا سبب مصدرا للالتزام إلا فى حدود ضيقة ، وأوسع ما يعترف به فى ذلك هو الالتزام الناشىء عن دفع غير المستحق ، بشرط أن يكون المال الذى

---

(١) قارن الجرائم المنصوص عليها فى قانون اكيليا Aquilia الرومانى « جيرار طبعة سادسة ص ٤٢٣ » — ولا يصح القول بأن هذا مبدأ يصلح أساسا فى الفقه الاسلامى لمسئولية غير المميز المميز وللمسئولية القائمة على تحمل التبعة ، لان المسئولية هنا قائمة على فكرة مباشرة الاتلاف دون واسطة . فلو كان الاتلاف تسببا لما ضمن الطفل ولا المجنون لانتفاء التعدى .

(٢) مجمع الضمانات ص ١٥٤ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٥٨ .

(٤) ص ٦٢٥ — ص ٦٢٦ .

يراد استرداده مبلغا من النقود وأن يكون الغلط الذى وقع فيه الدافع غلطا فى الواقع لا فى القانون [١] . أما مبدأ الاثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الانجليزى إلا فى تطبيقات خاصة [٢] . وكذلك الفضولى ليس له الحق فى استرداد ما أنفق من المصروفات إلا فى حالات محدودة [٣] .

والفقه الاسلامى فى ذلك يبعد عن القانون الرومانى ــ كما بعد فى التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى ــ ويقترب من القانون الانجليزى . فهو يعترف بالالتزام عن دفع غير المستحق فى حدود واسعة ،ولا يعترف بمبدأ الاثراء بلا سبب ذاته إلا فى حدود ضيقة ، أما الفضولى فإنه يعتبر متبرعا لا يرجع بما أنفق . ونستعرض هذه الحالات الثلاث فى الفقه الاسلامى : دفع غير المستحق ، والاثراء بلا سبب ، والفضالة .

دفع غير المستحق :

الظاهر من نصوص الفقه الاسلامى أنها تجعل دفع غير المستحق مصدرا للالتزام فى أوسع الحدود . فلو أن شخصا ظن أن عليه دينا فبان خلافه ، رجع بما أدى (٤) . ومن دفع شيئا ليس واجبا عليه ، فله استرداده ، إلا إذا دفعه على وجه الهبة (٥) . وتطبيقا لهذا المبدأ نصت المادة ٢٣٧ من التقنين المدنى

---

(١) وقاعدة دفع غير المستحق بالقيدين المتقدمين اعترف بها القانون الانجليزى تحت تأثير القانون الرومانى بعد تطور طويل (انظر ودورد woodward فى قانون شبه العقد ، بوستن سنة ١٩١٣ ص ٢ ــ ص ٤) .

(٢) نذكر منها تطبيقين

ــ اذا دفعت شركة التامين مبلغ الخسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن له بالتعويض الذى أخذه من الغير عن هذه الخسارة .

ب ــ اذا استولى أحد الشركاء فى الشيوع على أكثر من نصيبه فى غلة العين المشاعة ، التزم برد هذه الزيادة

(٣) منها حالة انقاذ سفينة من الغرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة .

(٤) الاشباه والنظائر جزء أول ص ١٩٤ .

(٥) شرح الاشباه والنظائر (غمز عيون البصائر) جزء أول ص ١٩٤ .

العراقى على ما يأتى : « إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم إن الآمر قضى الدين بنفسه إلى دائنه والمأمور دفعه إليه أيضا ، فللمأمور أن يرجع بما دفعه على الآمر إن كان قد سبقه فى قضاء الدين . وإن كان الآمر هو الذى قضى الدين أولا ، فللمأمور أن يرجع على القابض أو على الآمر »(١) .

بل إن الفقه الإسلامى يتسع لصور أخرى من دفع غير المستحق . فمن دفع رشوة له أن يستردها لأن العقد الذى دفع به الرشوة باطل ، وقد جاء فى مجمع الضمانات(٢) فى هذا الصدد : « قاض أو غيره دفع إليه سحت لإصلاح المهم ، فأصلح ثم ندم ، يرد ما دفع إليه . أبرأه من الدين ليصلح مهمة عند السلطان ، لا يبرأ وهو رشوة . المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء ، فهى رشوة لا يثبت الملك فيها ، وللدافع استردادها لأن الرشوة لا تملك » . ومن عجل الوفاء بالدين قبل حلول أجله استرد ما يقابل الأجل . وقد جاء فى مجمع الضمانات أن « المرابحة التى لم تستحق ودفعت تسترد ، كما إذا قضى المديون الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، أو مات فأخذ من تركته ، فجواب المتأخرين أنه لا يؤخذ من المرابحة التى جرت المبايعة بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام .. ولو أخذ المقرض المرابحة قبل مضى الأجل ، فللمديون أن يرجع منها بحصته ما بقى من الأيام »(٣) .

الإثراء بلا سبب :

تقدم القول إن الفقه الإسلامى لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام . فلو عمر أحد الشريكين الملك المشترك بلا إذن شريكه ،

---

(١) قارن مرشد الحيران م ٢٠٢ : اذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ، ثم أن الآمر قضى الدين بنفسه الى دائنه ، والمأمور قد دفعه اليه أيضا فللمأمور أن يرجع بما دفعه على القابض لا على الآمر . فان أقام المأمور البينة على أنه أدى الدين بعد الأمر قبل أداء الآمر ، فله الرجوع بما له له ان شاء على القابض وان شاء على الآمر » .

(٢) ص ٤٥٨ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٤٥٩ .

يكون متبرعا لا رجوع له عليه بما صرفه على العمارة [١] . ولو أن زرعا كان بين اثنين ، فغاب أحدهما وأنفق الآخر ، يكون متبرعا[٢] .

على أنه يستثنى مما تقدم أن يكون المفتقر مضطراً إلى الإنفاق ، إذ المضطر ليس بمتبرع . فلو بنى صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم لا يكون متبرعا ، ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفل ، لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفل على بناء سفله لعدم تعديه . وهذا بخلاف الزرع الذى غاب أحد صاحبيه فأنفق الآخر . والفرق أن هذا غير مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضى على الإنفاق ، ولو غائبا يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال الاضطرار كان متبرعا[٣] . ولو هدما حائطا بينهما ، فأبى أحدهما إعادته يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يبنى الآخر ويمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضى ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضى[٤] . وجاء فى رد المحتار[٥] : « والذى تحصل فى هذا المحل أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه بأن أمكنه القسمة ، فأنفق بلا إذنه ، فهو متبرع . وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه ، فلابد من إذنه أو أمر القاضى فيرجع بما أنفق ، وإلا فهو متبرع . وإن اضطر وكان شريكه لا يجبر ، فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضى رجع بما أنفق ، وإلا فبقيمة البناء » .

وتطبيقا لهذا المبدأ ، وإلى جانب الحالة المتقدمة ، يكون الإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام فى الأحوال الآتية :

(١) حالة من يضطر للقيام بخدمة للغير درءاً لمضرة عن نفسه ، كما لو قضى

---

(١) مرشد الحيران م ٧٦٥ .

(٢) شرح المجلة لسليم باز ص ٧٠٥ عن جامع الفصولين .

(٣) مجمع الضمانات ص ٢٨٨ .

(٤) مجمع الضمانات ص ٢٨٨ .

(٥) شرح المجلة لسليم باز ص ٧٠٥ .

الولد دين أبيه وافتك ماله المرهون فى هذا الدين ، لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ماقضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين ، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله ، وكما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ، ثم إن المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن ، إنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير(١) .

(٢) إذا اختلط ملكان قضاء وقدراً ، فمالك الأكثر يملك الاثنين معا ، ومالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر ، إلا إذا اتفقا على غير ذلك . وإن كانت قيمة الشيئين سواء ، يباع عليهما ، ويقتسمان الثمن(٢) .

(٣) إذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فالعقد باطل ، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثرى(٣) .

الفضالة :

والفضولى متبرع كما قدمنا ، إذ هو لم يكن مضطراً إلى العمل الذى قام به ، فلا يرجع بشىء على رب العمل . فلو كان للمدين الغائب مال فى يد أجنبى ، فأنفق الأجنبى على أبوى الغائب بغير إذن القاضى ضمن ، وإذا ضمن لا يرجع على القابض(٤) . والمديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين ، ولا يرجع بما أنفق على من أنفق عليه(٥) . ولو قضى دين غيره بغير أمره جاز ، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضى لأنه تطوع بقضاء الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين وعليه للقاضى مثلها(٦) .

---

(١) البدائع جزء ٦ ص ١٣٦ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٤٥ ــ ص ٤٤٦ .

(٣) مجمع الضمانات ص ٤٤٨ . مرشد الحيران م ٢١٨ . ويلاحظ أن الزيادة المتصلة بالمغصوب وجعل الآبق يرجع بهما دون أن يتحقق الاضطرار فى هاتين الحالتين .

(٤) مجمع الضمانات ص ٤٥٠ .

(٥) مجمع الضمانات ص ٤٤٩ .

(٦) مجمع الضمانات ص ٤٤٨ ــ ٤٤٩ .

(هـ) القانون

التزامات مصدرها الشرع :

وهناك التزامات فى الفقه الإسلامى مصدرها المباشر هو الشرع ، كالالتزام بالنفقه ، والتزام الولى والوصى والقيم ومن إليهم .

تأثر الفقهاء المحدثين بالفقه الغربى :

رأينا فيما قدمناه أن مصادر الالتزام فى الفقه الغربى لها مايقابلها فى الفقه الإسلامى . ولكن ذلك ليس معناه أن الفقه الإسلامى يرتب مصادر الالتزام على النحو الذى بيناه . فالالتزام بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى ليس معروفا فى الفقه الإسلامى كما سبق القول . ولو اقتصرنا على الدين ، وأردنا استقصاء مصادره دون أن نتأثر بترتيب مصادر الالتزام فى الفقه الغربى ، لكانت هذه هى العقد (ويدخل ضمنه الإرادة المنفردة إذ الفقه الإسلامى لايميز تمييزاً واضحا بينها وبين العقد) والجناية على النفس (ممثلة فى الدية والأرش وحكومة العدل) والإتلاف والغصب والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغرير ودفع غير المستحق ووقائع أخرى مختلفة نص عليها الشرع .

ولكن الفقهاء المحدثين ، متأثرين كثيراً بالفقه الغربى ، ينحون نحو هذا الفقه فى ترتيب مصادر الالتزام . من ذلك ماقرره الأستاذ أحمد إبراهيم[1] من أن مصادر الالتزام « إما عمل يباشره الإنسان باختياره يوجب به حقا على نفسه لغيره ويقره الشرع عليه ، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع ، وإما أن يكون الإيجاب ابتداء من الشرع . بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الإلهى ، أو ترتيبا على فعل صدر عن الإنسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أى التزام عليه ، لكن الشرع هو الذى يرتب الالتزام

---

(١) مذكرة الالتزامات فى الشرع الاسلامى ص ٣٦ — ص ٣٧ .

عليه . وقد يكون الإنسان بهذا الفعل دائنا لغيره شرعا . فالأول يتناول العقد والإرادة المنفردة . . والثانى يتناول شيئين ، أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الأقارب ، وثانيهما ماكان سببه المباشر فعلا ضارا يصير به الفاعل ملزما بتعويض الضرر ، أوفعلا نافعا لغيره يصير به الإنسان دائنا لذلك الغير بذلك الفعل شرعا . وعلى هذا تكون مصادر الالتزام إما إختيارية وإما جبرية. والاختيارية تشمل العقد والإرادة المنفردة . والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذى به يكون الفاعل مدينا شرعا لمن لحق به الضرر ، فإما أن يصلح ما أتلفه ويعيده إلى حالته الأولى ، وإما أن يضمنه بالمثل أو بالقيمة ، والفعل النافع الذى به يكون الإنسان دائنا لغيره وهو المعنون له فى كتب الفقه القانونى بالإثراء على حساب الغير ، ومايقضى به القانون الشرعى ابتداء على ماأسلفناه .

ومن يقرأ هذه السطور يخيل إليه أنه يقرأ كتابا فى الفقه الغربى لاصلة له بالفقه الإسلامى . وقد يكون من الخير ألا نتأثر إلى هذا الحد البعيد بترتيب مصادر الالتزام فى الفقه الغربى ، وأن نبق هذه المصادر فى الفقه الإسلامى متفرقة على النحو الذى أسلفناه ، حتى نعود إلى تأصيلها هى ومصادر الحق العينى ، فنردها إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانونى والواقعة القانونية .

(ثانيا) مصادر الحق العينى

ترتيب البحث :

مهمتنا فى حصر مصادر الحق العينى أيسر بكثير منها فى حصر الحق الشخصى . فقد قدمنا أن الحق العينى فى الفقه الإسلامى أكثر بروزاً وأوضح ذاتية من الحق الشخصى . والحقوق العينية فى الفقه الإسلامى هى كما ذكرنا محددة على سبيل الحصر . وقد عرفنا أنها حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة وحقوق الارتفاق وحق الرهن وحق الحبس .

وقد حصرت مصادر كل طائفة من هذه الحقوق فى كتب الفقه الإسلامى ، وبخاصة فى كتب الفقهاء المحدثين . فننقل عنهم :

أولا : أسباب الملك ، وهذه هى مصادر حق الملك التام وحق المنفعة وحق الرقبة .

ثانيا : أسباب الحقوق المجردة ، وهذه هى مصادر حقوق الارتفاق .

ثالثا : أسباب الرهن والحبس ، وهذه هى مصادر الحقين .

ونتوصل بعد ذلك هذه المصادر هى ومصادر الحق الشخصى جميعا ، فنردها إلى مصدرين ، التصرف القانونى والواقعة القانونية .

أسباب الملك :

حصرها صاحب المرشد الحيران فى المادة ٧٢ على الوجه الآتى « أسباب الملك هى العقود الموجبة لنقل العين من مالك إلى آخر كبيع أو هبة أو وصية ، والميراث ووضع اليد على الشىء المباح الذى لا مالك له ، والشفعة » .

ويتبين من هذا النص أن مصادر الحقوق العينية الأصلية باستثناء حقوق الارتفاق خمسة :

(١) العقد كالبيع والهبة .

(٢) الإرادة المنفردة وهى هنا الوصية . (٣) الميراث .

(٤) وضع اليد على الشىء المباح الذى لا مالك له ويسمى فى الفقه الغربى بالاستيلاء . (٥) الشفعة .

وهذه هى نفس مصادر الحقوق العينية الأصلية فى الفقه الغربى ينقصها مصدران : الالتصاق والحيازة . أما الالتصاق فقواعده موجودة فى الفقه الإسلامى ، وهى منتثرة فى جوانبه يعوزها التجميع . وللحيازة كذلك شأن كبير فى الفقه الإسلامى ، فالقبض سبب للملك فى الهبة ، وهناك قواعد إجرائية فى المرافعات الشرعية تحمى صاحب اليد من الخارج بما ينتهى إلى جعل اليد عنوان الملك ، ثم إن عدم سماع الدعوى لمرور الزمان وهو ما ندعوه فى الفقه الغربى بالتقادم ، قد عرفه الفقه الإسلامى فى عصوره المتأخرة

أسباب الحقوق المجردة أو حقوق الارتفاق :

قدمنا أن حقوق الارتفاق هى الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلى والجوار . وهى جميعاً تابعة للعقار المرتفق تنتقل معه . ولذلك تكون أسباب كسبها تبعا للعقار المرتفق هى نفس الأسباب التى يكسب بها هذا العقار ، أى نفس أسباب الملك التى تقدم ذكرها .

وقد تكسب ابتداء بالإذن والعقد والوصية والقدم وشراء العلو فى حق التعلى والمجاورة فى حق الجوار .

أما الإذن فيكون بسماح مالك العقار المرتفق به لمالك عقار آخر باستعمال حق من حقوق الارتفاق : شرب أو مجرى أو مسيل أو مرور . ويكون ذلك موقوتا ببقاء الإذن ، إذ يجوز لصاحبه الرجوع فيه لصدوره على وجه التبرع ، وينقضى على كل حال بموت الآذن .

وأما العقد فيكون بأن يشترى مثلا صاحب الأرض المرتفقة حق الارتفاق من صاحب الأرض المرتفق بها . ومثل البيع العقود التى من شأنها نقل الملكية كالهبة[1] .

والوصية كالعقد يملك بها حق الارتفاق . فيصح أن يوصى مالك عقار لمالك عقار آخر بحق ارتفاق له على عقاره ، يثبت له بعد موته ، وينفذ فى الثلث من التركة . والقدم كما يقول الأستاذ على الخفيف[2] ، « ليس منشئا للحق ، وإنما نشأ

---

(١) ويقول الاستاذ محمد أبو زهرة فى هذا الصدد ما يأتى : « قد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب والطريق والسيل ، لان رقبة الشرب والطريق عقار معين محدود معروف المقدار لا جهالة فيه ولا غرر ، فجاز بيعه بيعا صحيحا مستوفيا الاركان والشروط . واما المسيل فلا يجوز بيع رقبته اذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين للجهالة والغرر ، وأما اذا عين مقداره وعرفت حدوده فيجوز بيعه فى هذه الحال لانه مبيع معلوم المقدار محدود بالجهات فلا مانع من بيعه . ومثل البيع فى هذا كله العقود التى من شأنها نقل الملكية كالهبة والوصية ، لان التصرفات الواردة على الرقبة لا تعدو التصرف فى عقار مملوك ملكا خاصا محدود معلوم المقدار » . (الملكية ونظرية العقد ص ٩٤) .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٧ .

الحق عن سبب مجهول كإذن أو صلح مثلا ، ولكن لطول العهد تنوسى السبب وبقي الأثر معروفا مقررا دون أن يعرف له مبدأ ، فيحافظ عليه لقدمه وتقرره. والقديم يبقى على حاله لأن الظاهر أنه إنما كان لسبب صحيح ، ما لم يظهر أنه لسبب باطل فيزال حينئذ . وبناء على ذلك إذا عرف سبب نشأته كان بقاؤه رهن صحة سببه ، وإلا حكم ببطلانه » .

وشراء العلو فى حق التعلى ليس إلا عقدا . وهو عقد بيع ، يكسب به صاحب العلو حق التعلى على السفل حتى لو انهدم العلو بقى الحق وأعاد صاحب العلو علوه ، ولو انهدم السفل كان لصاحب العلو إعادة بناء السفل ليتمكن من إعادة بناء علوه ويرجع على صاحب السفل كما مر . وكالبيع الأجارة ، فإذا أجر صاحب الدار علوها كان للمستأجر حق التعلى مادام يدفع أجر المثل [١] .

وحق الجوار يثبت بالجوار ذاته ، أى أن يكون العقار مجاورا لعقار آخر ، فيثبت لكل عقار حق ارتفاق على العقار الآخر بألا يضر بجاره ضررا فاحشاً على النحو الذى بيناه فيما تقدم [٢] .

أسباب الرهن والحبس :

وهذه هى الحقوق العينية التبعية . أما الرهن فمصدره العقد ، وهو عقد الرهن . وينعقد بالإيجاب والقبول من الراهن والمرتهن . وقيل يتم بالإيجاب من الراهن لأنه عقد تبرع . والصحيح أنه لا يتم إلا بالإيجاب والقبول لأن فى الرهن معنى المعاوضة حيث يصير المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن فى يده ، فيتوقف تمامه على قبول المرتهن . ولا يلزم الرهن إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء .

---

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ على الخفيف ص ٤٨ .

(٢) وكسب حقوق الارتفاق ابتداء ليس معناه كسبها منفردة ، فهى تكسب ابتداء — أى تنشأ لاول مرة — ولكنها مع ذلك تكون تابعة للعقار المرتفق .. اما ما بحثه الاستاذ محمد أبو زهرة فى كتابه « الملكية ونظرية العقد » (ص ٩٥ — ص ٩٦) من جواز بيع حق الشرب وحق الطريق منفردين ، أى غير تابعين لعقار مرتفق ، فهذا لا يكون حق ارتفاق .

وقد علمنا أن لحق الحبس مصدرين :

(١) العقد ، وهو البيع فى حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، والإيجار فى حبس المأجور لاسترداد ما عجل من الأجرة ، وفى حبس العين التى لعمل الأجير المشترك فيها أثر لاستيفاء الأجرة ، والوديعة فى حبس العين المودعة لاسترداد ما أنفق فى حفظها بإذن القاضى ، والوكالة فى حبس الوكيل المال الذى اشتراه لموكله لاستيفاء ما دفعه فيه من الثمن .

(٢) الشرع فى حبس العبد الآبق لاستيفاء ما يستحق على مالكه ، وفى حبس اللقطة لاستيفاء ما أذن فيه القاضى من الإنفاق عليها ، وفى حبس المغصوب لاستيفاء قيمة الزيادة المتصلة .

* * *

تأصيل مصادر الحق الشخصى والحق العينى وردها جميعا الى التصرف القانونى والواقعة القانونية :

الفقه الغربى : ونقتصر هنا على الفقه الفرنسى . فهذا الفقه لم يوفق حتى اليوم إلى وضع نظرية شاملة للتصرف القانونى والواقعة القانونية (acte juridipue et fait juridique) ليرد إليهما مصادر الحقوق جميعا .

ونعرف كلا من التصرف القانونى والواقعة القانونية تعريفاً مبدئياً . فالتصرف القانونى هو إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين يرتبه القانون ، مثل ذلك البيع والوصية . والواقعة القانونية هى عمل مادى ، يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره . ويرتب القانون عليه أثراً قانونيا معينا . مثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيازة ، ومثل الواقعة غير الاختيارية ، الميلاد والموت .

وكان الفقه الفرنسى المدرسى ينحو نحو بوتيه (Pothier) فى تقسيم مصادر

الالتزام إلى خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وكان هذا التقسيم ينطوى على عيبين جوهريين :

(١) العيب الأول أنه يخلط ما بين التصرف القانونى والواقعة القانونية. فهو يجعل شبه العقد مبنيا على إرادة وهمية ثم على إرادة مفروضة ، فيخلط بينه وبين العقد ، مع أن شبه العقد هو عمل مادى أى واقعة قانونية لا دخل للإرادة فيها . ففى الفضالة يلتزم كل من الفضولى ورب العمل بمقتضى عمل مادى ، هو قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل ، فيلتزم الفضولى بالمضى فيما قام به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، ويلتزم رب العمل برد ما أثرى به على حساب الفضولى . وفى دفع غير المستحق يلتزم القابض برد ماقبضه دون حق ومصدر التزامه عمل مادى ، هو دفع دين غير موجود . وفى الإثراء بلا سبب بوجه عام يلتزم المثرى برد ما أثرى به على حساب المفتقر ومصدر التزامه هنا أيضا عمل مادى ، هو الواقعة التى كانت سببا فى إثراء المدين وافتقار الدائن .

(٢) والعيب الثانى أن التقسيم المدرسى لمصادر الالتزام كان من شأنه أن يطمس فكرة التصرف القانونى والواقعة القانونية من وجهين :

(ا) بفصله بين مصادر الحق الشخصى ومصادر الحق العينى ، مع أن مصادر الحقين واحدة ، وترد جميعا إلى التصرف القانونى والواقعة القانونية.

(ب) بجعله القانون مصدراً مباشراً للالتزام ، فحال القانون دون الكشف عن الواقعة القانونية التى تختفى وراءه وهى التى ترتب عليها الالتزام .

ثم جاء الفقه الفرنسى الحديث ، فهدم التقسيم المدرسى لمصادر الالتزام ، وأحل محله تقسيما خماسيا آخر ، إذ جعل مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وهذا التقسيم الحديث ينطوى هو أيضا على عيبين جوهريين :

(١) العيب الأول أنه يحجب وحدة التصرف القانونى ، إذ يفرق بين العقد

والارادة المنفردة فى مصادر الالتزام ، ثم ينكر على العقد أن يكون بذاته سببا لنقل الملكية فيقصره على أن ينشىء التزاما بنقلها ، وبذلك لايعدو العقد أن يكون مصدرا للالتزام .

(٢) والعيب الثانى أنه يحجب وحدة الواقعة القانونية ، فالوقائع القانونية منتثرة بين مصادر الالتزام ومصادر الحق العينى على تبويب من شأنه أن يمزق هذه الوحدة . فمن يستعرض فى مصادر الالتزام العمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون بما يجثم وراءه من وقائع قانونية مختلفة ، ثم يستعرض فى مصادر الحق العينى الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة ، لا يستطيع أن يدرك أن هذه المصادر جميعا إنما هى مصدر واحد مرده الواقعة القانونية .

الفقه الاسلامى : ويمكن فى الفقه الاسلامى رد مصادر الحق الشخصى والحق العينى إلى مصدرين اثنين ، هما التصرف القانونى والواقعة القانونية على النحو الذى رأيناه فيما تقدم .

بل إن الفقه الاسلامى أكثر مطاوعة لهذا التقسيم الثنائى من الفقه الفرنسى ، وذلك لسببين :

(السبب الأول) أنه لايحجب وحدة التصرف القانونى بالقدر الذى يحجبها الفقه الفرنسى . فهو من ناحية لا يفصل بين العقد والارادة المنفردة فصلا حادا كما يفعل الفقه الفرنسى ، بل كثيرا مايقع الخلاف فيما إذا كان تصرف معين يتم بالايجاب والقبول أو يتم بالايجاب وحده ويبقى التصرف موصوفا بأنه عقد فى الحالتين . وهو من ناحية أخرى يجعل العقد مصدرا للالتزام ، ثم يجعله ينقل بذاته الملكية ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقلها .

(والسبب الثانى) أنه وإن كان قد نثر الوقائع القانونية متفرقة بين مصادر الحق الشخصى ومصادر الحق العينى ، إلا أنه لم يبوب هذه الوقائع تبويبا يعزل

بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسى . فلا تستعصى هذه الوقائع على تبويب شامل يردها جميعا إلى الواقعة القانونية ، وليس يوجد فى الفقه الإسلامى تبويبات أخرى تتعارض مع هذا التبويب .

ونستعرض من الآن ، فى ضوء ما تقدم ، مصادر الحق الشخصى والحق العينى كما بسطناها فى الفقه الإسلامى لنردها جميعا إلى هذين المصدرين : التصرف القانونى والواقعة القانونية . وهذا الاستعراض يؤدى بنا إلى النتيجة الآتية :

يعتبر تصرفا قانونيا :

(ا) من مصادر الحق الشخصى : العقد والإرادة المنفردة .

(ب) ومن مصادر الحق العينى : العقد والوصية بالنسبة إلى أسباب الملك ، والإذن والعقد والوصية بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ، والعقد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعيـــة . فلا يعدو التصرف القانونى إذن أن يكون عقداً أو إرادة منفردة . فهو فى الفقه الإسلامى كما هو فى الفقه الغربى إرادة محضة تتجه لإحداث أثر قانونى معين يرتبه القانون . وسنرى عند الكلام فى العقد أن حكم القاضى فى الفقه الإسلامى يحل محل الإرادة فى بعض التصرفات .

ويعتبر واقعة قانونية :

(ا) من مصدر الحق الشخصى : الجناية على النفس والسرقة وقطع الطريق والإكراه والتغرير والإتلاف والغصب ودفع غير المستحق والإثراء بلا سبب فى بعض تطبيقاته والقرابة .

(ب) ومن مصادر الحق العينى : الميراث ووضع اليد على الشىء المباح والشفعة والالتصاق والقبض (الحيازة) بالنسبة إلى أسباب الملك ، والقدم والجوار بالنسبة إلى حقوق الارتفاق ، ورد العبد الآبق والإنفاق على اللقطة بإذن القاضى واستحداث زيادة متصلة فى المغصوب بالنسبة إلى الحقوق العينية

التبعية. وكل هذه الوقائع ، على تنوعها ، أعمال مادية ، بعضها اختيارى وبعضها غير اختيارى ، يرتب عليها القانون إنشاء حق شخصى أو كسب حق عينى.

* * *

والذى ننتهى إليه من كل تقدم ، أن مصادر الحقوق فى الفقه الإسلامى ، كما هى فى الفقه الغربى ، لا تعدو أن تكون مصدرين اثنين : التصرف القانونى والواقعة القانونية[1]. فنتناول كلا منهما بالبحث التفصيلى ، ونبدأ بالتصرف القانونى.

---

(١) ومما يجعل التمييز بين التصرف القانونى والواقعة القانونية تمييزا مقبولا فى الفقه الاسلامى . أن الفقهاء يميزون فى كثير من المناسبات بين التصرفات القولية (وهذه هى التصرفات القانونية) والتصرفات الفعلية (وهذه هى الوقائع القانونية) . كما يميزون بين ضمان العقد (وهذه هى المسئولية العقدية) وضمان الفعل (وهذه هى المسئولية غير العقيدية) .

القسم الأول

التصرف القانونى

فى

الفقه الإسلامى

ترتيب البحث

التصرف القانونى يشمل العقد والإرادة المنفردة . وكل ماتقرره من قواعد فى العقد ينطبق على الإرادة المنفردة ، إلا ماتقتضيه طبيعة الإرادة المنفردة من أنها إرادة واحدة لا إرادتان متطابقتان . فنقصر بحثنا إذن على العقد ، وبخاصة أن الفقه الإسلامى كما قدمنا لايعلق الأهمية التى يعلقها الفقه الغربى على التمييز ما بين العقد والإرادة المنفردة .

ونمهد للبحث بتعريف العقد وتحديد تقسيماته . ثم نبحث فى الباب الأول أركان العقد ، وفى الباب الثانى آثاره ، وفى الباب الثالث انحلاله .

تمهيد

تعريف العقد وتقسيماته

— ١ —

تعريف العقد

أمور ثلاثة تستخلص من التعريف :

قدمنا أن صاحب المرشد الحيران عرف العقد فى المادة ٢٦٢ على الوجه الآتى :

«العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه» .

ويستخلص من هذا التعريف أمور ثلاثة :

(أولا) أن العقد ، من حيث أنه يقوم على الإرادة ، يدخل فى عموم التصرف القانونى . (ثانيا) وأنه يتخصص ، بين التصرفات القانونية ، بقيامه على إرادتين متطابقتين لا على إرادة منفردة . (ثالثا) وأن تعريف العقد على الوجه المتقدم ينم عن النزعة الموضوعية التى تسود الفقه الإسلامى .

(أولا) العقد يدخل فى عموم التصرف القانونى : التصرف القانونى إرادة محضة أو تعبير عن الإرادة كما قدمنا . وكذلك العقد الذى هو فرع عن التصرف القانونى . ولا يختلط العقد ، وهو إرادة محضة ، بعمل مادى ، إلا إذا كان هذا العمل هو الشكل الواجب فى بعض العقود ، أو ما يقترن به من القبض فى عقود أخرى ، أو المظهر المادى للتعبير عن الإرادة فى جميع العقود .

وكل هذا يتفق مع نظرية التصرف القانونى فى الفقه الحديث .

(ثانياً) العقد إرادتان متطابقتان لا إرادة منفردة : العقد بحسب التعريف المتقدم ارتباط إيجاب بقبول . فهو إذن إرادتان مترابطتان متطابقتان وليس إرادة واحدة . ويخلص لنا من ذلك نتيجتان منطقيتان:

(١) أن كل إرادتين متطابقتين عقد .

(٢) وأن الإرادة المنفردة ليست بعقد .

على أن هاتين النتيجتين لم يخلصا فى الفقه الإسلامى إلا بعد جهد ، بل إن النتيجة الثانية لم تخلص خلوصا تاما .

أما أن كل إرادتين متطابقتين عقد ، فقد كانت هناك فكرة بدائية تعترض هذه القاعدة ، وتقضى بأن التصرف الذى يتم تنفيذه بمجرد انعقاده بحيث لا يتخلف عنه أثر لا يكون عقدا ، وإنما العقد هو الذى يرتب أثراً يبقى مدة من الزمن قبل أن يتم تنفيذه . ومن ثم لا يكون بيع التعاطى — وهو البيع الذى يتم بقبض المشترى المبيع وقبض البائع الثمن فى الحال — عقدا لأنه قد تم تنفيذه بمجرد انعقاده فلم يتخلف عنه أثر باق . ويقول سعدى جلبى ، أحد فقهاء الحنفية ، فى هذا المعنى ما يأتى : « العقد قول يكون له حكم المستقبل ، فلا عقد فى صورة التعاطى »(١) . ويقول الشيرازى أحد فقهاء الشافعية . « فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع »(٢) . ويقول العاملى أحد فقهاء الشيعة : « المعاطاة فى البيوع والاجارات ونحوها ليست من العقود قطعا ، لأنها إباحة محضة لا يشترط فيها شىء من شروط البيع ، لا كما توهمه الشهيد »(٣) . ولكن هذه الفكرة البدائية لم تسد فى الفقه الاسلامى ، وفقهاء الحنيفة عامة يجيزون العقد بالتعاطى . وسنعود إلى بيع التعاطى بتفصيل أوسع عند الكلام فى صيغة العقد .

وأما أن الارادة المنفردة ليست بعقد ، فهذه قاعدة لم يكن حظها من التحرير

---

(١) حاشية سعدى جلبى على شرح العناية على الهداية جزء ٥ ص ١٧٢ .

(٢) المهذب للشيرازى جزء أول ص ٢٥٧ .

(٣) مفتاح الكرامة للعاملى جزء ٤ ص ٣ . ويشير الاستاذ شفيق شحاته فى كتابه « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » (جزء أول ص ١٢٤) الى هذا المعنى .

حظ القاعدة الأولى كما أسلفنا القول . يوجد حقاً فريق من الفقهاء يلتزمها فى كثير من الدقة ، من ذلك مايقوله الدسوقى أحد فقهاء المالكية : «العقود هى ماتتوقف على إيجاب وقبول ، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهى إخراجات ولا تتوقف على إيجاب وقبول» (١) . ويقول النجفى أحد فقهاء الشيعة : «العقد شرعا قول من المتعاقدين أوقول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه . وتعريف الأولى (العقود) بأنها المشتملة على الايجاب والقبول أو بأنها المشتملة على رضا الطرفين أو بأنها المتضمنة لقصد من الجانبين ، وتعريف الثانية (الايقاعات) بأنها إيجابات أو بأنها قصد من جانب واحد أو بأنها رضا» (٢) . وجاء فى تفسير الألوسى : «أصل العقد الربط محكما ، ثم تجوز به من العهد الموثق . وفرق الطوسى بين العقد والعهد بأن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين اثنين ، والعهد قد ينفرد به واحد» (٣) . ولكن هذا التحرى فى تمييز العقد عن الارادة المنفردة لم يمنع عامة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على كل من الاثنين دون تمييز بينهما، ويعممون اللفظ ليشمل كل تصرف «استبد به واحد أو اشترك فيه أكثر من واحد» . فيتكلمون فى عقد الوصية ، ويناقشون هل عقود الهبة والعارية والقرض والكفالة والرهن تنعقد بإيجاب وقبول أم تنعقد بالايجاب وحده. وعند ما يعرضون لبيان مايصح تعليقه من العقود وما لا يصح ، وما تبطله الشروط الفاسدة وما لا تبطله ، يتناولون كل التصرفات دون تمييز بين عقد وإرادة منفردة ، فيذكرون الطلاق والعتق والابراء والوقف كما يذكرون البيع والاجارة والقسمة والنكاح والخلع (٤)

(١) الدسوقى على الشرح الكبير .

(٢) النجفى فى العقود ص ٢ .

(٣) تفسير الالوسى جزء ٢٢ ص ٢٣٩ .

(٤) وجرى بعض الفقهاء المحدثين مجراهم . فيقسم الاستاذ احمد ابراهيم ، فى كتابه « المعاملات الشرعية المالية » (ص ٨١ هامش رقم ١ و ٢) العقود الى عدة مجموعات هى : (١) المعارضات ويندرج فيها جميع أنواع المبادلات ، سواء كانت مالا بمال كالبيع ، أم مالا بمنفعة كالايجارات ، أم مالا بغير مال ولا منفعة كالزواج والخلع . فالمهر ليس ركنا فى عقد الزواج بل هو من أحكامه ، وبدل الخلع لاجل أن تملك الزوجة عصمتها وتخلص من قيد

على أن هناك طائفة من التصرفات فى الفقه الاسلامى تتم بالتراضى أى بإيجاب وقبول ، ولكن إذا امتنع من وجه إليه الايجاب عن القبول حل القاضى محله فى ذلك ، فيتم التصرف إما بالتراضى أو بالتقاضى . من ذلك الرجوع فى الهبة ، يتم بتراضى الواهب والموهوب له ، أو بإرادة الواهب

الزوجية (٢) التبرعات كالهبة والوصية والاعارة والابراء من الدين والمحاباة فى البيع والشراء والكفالة والحوالة فى بعض صورها (٣) مايكون تبرعا ابتداء ومعاوضة انتهاء كالاقراض والكفالة بأمر المكفول عنه والحوالة فى بعض صورها (٤) الاسقاط كالوقف والطلاق والعتاق والابراء من الدين وتسليم الشفعة بعد ثبوتها (٥) الاطلاقات كالامارة والقضاء والوكالة والمضاربة والطلاق والعتاق والايصاء والاذن للصبى بالتجارة (٦) التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبى .

وهذه جملة من التصرفات تدل على ان الفقه الاسلامى يوافق فى نظرية التصرف القانونى أحدث المذاهب الفقهية الغربية ، فمن هذه التصرفات ماهو عقد ، ومنها ما هو ارادة منفردة ، ومنها ماهو قرار ادارى ، ومنها ماهو حكم قضائى .

ويناقش الاستاذ احمد ابراهيم ، فى مقال له فى العقود والشروط والخيارات (مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ص ٦٢٢ — ص ٦٤٥) المسالة على الوجه الاتى : « فهل تسمى هذه التصرفات التى تتم بالايجاب وحده من اعتاق وطلاق وابراء ونحوها عقودا او لاتسمى بذلك ؟ لاشك فى أنها عقود بالمعنى الاعم للعقد ، اذ هى امور وقعت فى نفس الملتزم اولا وعقد عليها نيته وعزم عليها عزما أكيدا ، ثم أبان عنها باللفظ او بما يقوم مقامه . والذى يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التى تترتب عليها اثار شرعية وقد تتم بارادة واحدة او بأكثر ، ومعنى خاص قاصر على مالا يتم فيه العقد الا بايجاب وقبول كما فى عقود المعاوضات ، وهى فى الحقيقة التزامات معلقة على التزامات اخرى ومتوقفة على وجودها وتحقيقها ، فالالتزام فيها حاصل من الطرفين ، كل يلتزم للاخر بما الزم به نفسه . »

على ان بعضا اخر من الفقهاء المحدثين ، ولعله تاثر فى ذلك بالفقه الغربى ، يحرص على التمييز مابين العقد والارادة المنفردة ، من هؤلاء الاستاذ على الخفيف ، قال فى كتابه « أحكام المعاملات الشرعية » (ص ١٣٨) . « ومن هذا يتبين ان المناط فى وجود العقد على وجه الاجمال هو التحقق من وجود ارادتى العاقدين وتوافقهما على انشاء التزام بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة او اشارة او فعل ... وعلى ذلك فالعقد عند الفقهاء لايكون الا بين طرفين ولا يكون بين طرف واحد . واذا كان من طرف واحد لم يكن عقدا وانما يسمى التزاما او تصرفا ، وقد يسمى عقدا تسمية لغوية . فالوقف على هذا ليس بعقد لانه يتم من المالك وحده دون أن يشاركه فيه شخص آخر ، وكذلك الطلاق المجرد عن المال ليس عقدا ، وكذلك العتق والتنازل عن الحقوق كالتنازل عن حق الشفعة والتنازل عن حق المرور او حق المسيل أو عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه ، كل ذلك لا يسمى عقدا وانما يسمى تصرفا أو التزاما من طرف واحد ان كان ملزما ، فان لم يكن ملزما كان وعدا كان يقول لك صديق سأقرضك عشرين جنيها مثلا (انظر أيضا الاستاذ محمد أبو زهرة فى الملكية ونظرية العقد ص ١٧١ — ص ١٧٣ — وقارن الاستاذ محمد يوسف موسى فى الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ص ٢٥٠ — ص ٢٥٣) .

مقترنة بحكم القضاء . ومن ذلك الأخذ بالشفعة يكون بتراضى الشفيع والمشترى أو بإرادة الشفيع وحكم القاضى ، ومن ذلك نفقة الزوجية، لاتصبح دينا صحيحا إلا بالتراضى أو بقضاء القاضى ، ومن ذلك نفقة الأقارب ، لاتصبح دينا صحيحا إلا بالتراضى أو بالتقاضى مع الإذن فى الاستدانة ثم الاستدانة فعلا . وبيع مال المدين جبرا عنه يحل فيه قضاء القاضى محل إرادة المدين (١). وهناك تصرفات تتم بإرادة منفردة ولكنها ترتد بالرد . كالإبراء والوصية . فالتدرج ملحوظ فى الفقه الإسلامى بين الإرادتين المتطابقتين ، ثم الارادتين اللتين قد يحل محل إحداهما قضاء القاضى ، ثم الارادة المنفردة التى ترتد بالرد ، ثم الارادة المنفردة المحضة . هذه كلها تصرفات ينعزل بعضها عن بعض انعزالا تاما ، مع تدرج هو غاية الابداع فى الصناعة الفقهية.

(ثالثا) تعريف العقد ينم عن النزعة الموضوعية التى تسود الفقه الاسلامى :

تعريف العقد الذى نقلناه عن مرشد الحيران ينم عن النزعة الموضوعية التى تسود الفقه الاسلامى دون النزعة الذاتية (٢) . فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول ، لا من حيث أنه ينشىء التزامات شخصية فى جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز فى النزعة الذاتية (٣) ، بل من حيث أنه يثبت أثره فى المعقود عليه أى يغير المحل من حالة إلى حالة ، وهنا تبرز النزعة الموضوعية التى أشرنا إليها (٤) . وسنرى أن هذه النزعة الموضوعية التى سادت الفقه

---

(١) وكذلك القسمة تكون بالتراضى او بالتقاضى . ويقرب ذلك مما اسلفناه عن المنزلة الوسطى بين الرخصة والحق . اما الرجوع بالنفقة التى اذن فيها القاضى فى اللقطة والوديعة وبعض أحوال الاثراء بلا سبب فيختلف عما تقدم فى ان مصدر الالتزام هنا واقعة قانونية لاتصرف قانونى .

(٢) والنزعة الموضوعية هى التى تسود أيضا الفقه الالمانى والفقه الانجليزى ، بخلاف الفقه اللاتينى المشتق من القانون الرومانى فان النزعة الذاتية هى التى تسوده .

(٣) وعلى هذا جرى تعريف العقد فى القوانين اللاتينية .

(٤) ويشير الاستاذ شفيق شحاته الى هذا المعنى فى كتابه « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » ص ١٢٣ – ١٢٤ ، فيقول : « واذا رجعنا الى التعريف الشائع فى كتب الفقه لا نتبين منه أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات . فليس التعريف على أنه توافق ارادتين منشىء للالتزامات ، بل على انه توافق ارادتين يظهر اثره فى المعقود عليه ، اى يؤدى =

الاسلامي لها أثر كبير في مبادئه الأساسية وفي تفصيلات أحكامه ، وهي التي جعلته يأخذ بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة (١) .

— ٢ —

تقسيمات العقد

العقود المذكورة في كتب الفقه الاسلامي :

لم يضع فقهاء الشريعة الاسلامية تقسيما للعقد في ذاته ، بل تناولوا عقود اسموها عقدا عقدا ولم يراعوا في ترتيبها فكرة معينة أو صلة ظاهرة بين متقدم ومتأخر. ويكفي أن نورد على سبيل المثال كتابا فقهيا يعتبر من أبرز كتب الفقه الاسلامي ، وهو كتاب البدائع للكاساني في الفقه الحنفي ، نراه قد تكلم في العقود على الترتيب الآتي :

(١) الاجارة . (٢) الاستصناع . (٣) البيع . (٤) الكفالة . (٥) الحوالة . (٦) الوكالة . (٧) الصلح . (٨) الشركة . (٩) المضاربة . (١٠) الهبة . (١١) الرهن . (١٢) المزارعة . (١٣) المعاملة (المساقاة) . (١٤) الوديعة . (١٥) العارية . (١٦) القسمة . (١٧) الوصايا . (١٨) القرض .

=

الى تحويل شيء من حال الى حال . وتعريفه بهذه الكيفية أثر من آثار النزعة الشيئية أو المادية ، في الفقه الاسلامي . وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا الى النتائج الاخيرة للعقد ، ويتخطون النتائج الاولى لانعقاد العقد . وكثيرا ما يشبه هذا التعريف ، التعريف الذي أورده بولوك للعقد في الفقه الانجليزي » .

(١) وقد جارى التقنين المدني العراقي الجديد الفقه الاسلامي في تعريفه للعقد . فنصت المادة ٧٣ من هذا التقنين على أن العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه » . ولم يعرف التقنين المدني المصري ولا التقنين المدني السوري العقد تجنبا للتعريفات الفقهية . أما تقنين الالتزامات والعقود اللبناني فقد جرى على خطة القوانين اللاتينية ونزعتها الشخصية في تعريفه للاتفاق والعقد ، فنص في المادة ١٦٥ على أن « الاتفاق هو كل توافق ارادتين يقصد به احداث آثار قانونية ، فاذا كان الاتفاق يرمي الى انشاء روابط ملزمة سمي بالعقد » .

(انظر أيضا المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني المصري وما ورد فيها بصدد تعريف العقد) .

وإذا وقفنا عند هذه العقود التى أوردها الكاسانى ، كان علينا أن نجيب على سؤالين :

(السؤال الأول) كيف نرتب هذه العقود ترتيبا منطقيا نلتزمه فى إيرادها عقدا بعد عقد .

(والسؤال الثانى) ألا يوجد فى الفقه الاسلامى عقود أخرى غير هذه العقود ؟ وبوجه عام هل عرف الفقه الاسلامى مبدأ حرية التعاقد ، فيجوز بإيجاب وقبول ، التعاقد على أى أمر لايخالف النظام العام ولا الآداب ؟

الترتيب المنطقى للعقود :

للفقهاء فى هذا الصدد تقسيمات متعددة يقفون فى كل تقسيم منها عند اعتبار معين .

فتارة يقفون عند اعتبار العوض وجوداً وعدما ، فيقسمون العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع وعقود هى تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، فيدخل فى عقود المعاوضة الإجارة والاستصناع والبيع والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقسمة . ويدخل فى عقود التبرع الهبة والعارية والوديعة . ويدخل فى عقود التبرع ابتداء والمعاوضة انتهاء الكفالة والحوالة والوكالة والرهن والقرض[1] .

وتارة يقولون بتقسيمات أخرى كالودائع (الوديعة والعارية والرهن والشركة) والوكالات (الوكالة والشركة والمضاربة) والتوثيقات (الكفالة والحوالة والرهن) .

وأخيراً قد يقفون عند المحل الذى يقع عليه التعاقد . وهذا فى نظرنا خير

---

(١) ومن الفقهاء من يضيف الى هذا التقسيم انواعا اخـــرى من التصرفات ، هى الاسقاطات والاطلاقات والتقييدات ، ويستعملون العقد بمعناه الاعم ، اى بمعنى التصرف القانونى عقدا كان أو ارادة منفردة (انظر كتاب المعاملات الشرعية المالية للاستاذ احمد ابراهيم ص ٨١ هامش رقم ١ وقد سبقت الاشارة الى ذلك) .

معيار للتقسيم . وقد لجأ صاحب مرشد الحيران إلى هذا المعيار كما رأينا ، فنص فى المادة ٢٦٣ على أنه « يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض أو بغير عوض » . ونص فى المادة ٢٦٤ على أنه « يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً ورد بدلها » . ونص فى المادة ٢٦٥ على أنه « يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعارة ورد عينها لصاحبها » . ونص فى المادة ٢٦٦ على أنه « يصح أن يرد العقد على عمل معين من الأعمال الصناعية أو على خدمة معينة »[1] .

مبدأ حرية التعاقد فى الفقه الاسلامى :

بقى السؤال الثانى وهو الأهم : هل العقود فى الفقه الإسلامى مذكورة على سبيل الحصر ؟

يبدو لأول وهلة أنها كذلك . ففى كتب الفقه لا نجد نظرية عامة للعقد ، بل نجد على النقيض من ذلك عقودا مسماة تأتى عقدا بعد عقد على ترتيب غير منطقى . ويختلف هذا الترتيب فى كتاب عنه فى كتاب آخر . حتى ليظن

---

(١) وقد نقل التقنين المدنى العراقى الجديد هذا التقسيم عن مرشد الحيران ، فنصت المادة ٧٤ على انه « يصح ان يرد العقد : ١ ـ على الاعيان منقولة كانت او عقارا لتمليكها بعوض بيعا او بغير عوض هبة ولحفظها وديعة او لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا ٢ ـ وعلى منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة او بغير عوض اعارة ٣ ـ وعلى عمل معين او على خدمة معينة » .

اما التقنين اللبنانى للالتزامات والعقود فقد لجأ الى تقسيمات الفقه الغربى ، فقسم العقود ، فى المادة ١٦٧ ، الى عقود ملزمة لجانب واحد وعقود ملزمة للجانبين ، والى عقود معاوضة وعقود تبرع ، والى عقود رضائية وعقود شكلية ، والى عقود مساومة وعقود اذعان ، والى عقود فردية وعقود جماعية ، والى عقود كسب وعقود توثيق ، والى عقود مسماة وعقود غير مسماة .

ولم يورد التقنين المدنى المصرى والتقنين المدنى السورى تقسيمات ما ، اذ هى ـ كما تقول المذكرة الايضاحية للتقنين المدنى المصرى ـ ادخل فى باب الفقه منها فى ميدان التشريع. ولكن التقنينين اوردا العقود المسماة على ترتيب منطقى وفقا فيه عند المحل الذى يقع عليه التعاقد . فهناك عقود تقع على الملكية وهى البيع والهبة والشركة والقرض والصلح ، وعقود تقع على الانتفاع بالشىء وهى الايجار والعارية ، وعقود ترد على العمل وهى المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وهناك عقود الغرر وهى المقامرة والرهان وعقد التامين ، وهناك عقد توثيق وهو الكفالة ، وترك عقد الرهن الى جانب سائر التامينات العينية .

الباحث أن الفقه الإسلامى لايعرف إلا هذه العقود المسماة ، وأن أى اتفاق لايدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعا .

ولكن هذه النظرة إلى الفقه الإسلامى نظرة سطحية . فإن الباحث يلمح من خلال الأحكام التى يقررها الفقهاء فى صدد هذه العقود المسماة أنهم يسلمون بإمكان أن يمتزج عقدان أو أكثر من هذه العقود فى عقد واحد ، يجمع بين خصائص العقود التى امتزجت فيه . بل ويلمح أن هناك قاعدة فقهية مسلمة ، هى أن المسلمين عند شروطهم ، وأن كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التى يقررها الفقه الإسلامى يكون عقدا مشروعا . ويكفى أن نشير إلى ما جاء فى البدائع فى هذا الصدد : « وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال المسلمون عند شروطهم ، فظاهره يقتضى لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل ، لأنه يقتضى أن يكون كل مسلم عند شرطه وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به . . . وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذى أوقعه إذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه » .(١)

ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة ، إنما هى العقود التى يغلب أن يقع بها التعامل فى زمنهم فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقها ، كانت عقوداً مشروعة . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين المدنى العراقى الجديد . فقد عددت المادة ٧٤ منه أنواع العقود تبعا لمحلها كما وردت فى نصوص مرشد الحيران التى سبق ذكرها . ثم أعقب ذلك نص عام ، هو المادة ٧٥ ، وقد جرت على الوجه الآتى : « يصح أن يرد العقد على أى شىء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب » .

---

(١) البدائع جزء ٥ ص ٢٥٩ .

على أن دائرة النظام العام فى الفقه الإسلامى أوسع منها فى الفقه الغربى . فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيراً من هذه الدائرة فى الفقه الإسلامى . كذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد تزيد فى توسيع الدائرة إلى حد بعيد . فالأصل إذن فى الفقه الإسلامى هو حرية التعاقد فى حدود النظام العام ، إلا أن كثرة القواعد التى تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية(١).

(١) انظر فى هذه المسألة « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » للاستاذ شفيق شحاتة ١٢٥ - ١٣٠ .

الباب الأول

أركان العقـــــد

أركان العقد فى الفقه الغربى هى التراضى والمحل والسبب ، ويعقب ذلك نظرية البطلان . فنستعرض كل هذا فى الفقه الاسلامى .

الفصل الأول

التراضى

وجود التراضى وصحته :

يميز الفقه الغربى بين وجود التراضى وصحته . فنستعرض ذلك فى الفقه الإسلامى .

الفرع الأول

وجـــود التراضى

صيغة العقد وتطابق الارادتين :

نستعرض هنا :

(١) صيغة العقد . (٢) تطابق الإرادتين فى مجلس العقد .

المبحث الأول

صيغة العقد

عناية الفقهاء بصيغة العقد :

يكثر الفقهاء من الكلام فى صيغة العقد . فقد عنوا بهذه المسألة عناية كبيرة . ذلك أن الفقه الإسلامى نزعته موضوعية (objectif) كما قدمنا . وأول أثر لهذه النزعة أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

ولما كانت الإرادة الظاهرة هى المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة الباطنة ، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجى . والمظهر الذى يعتدون به فى الأصل هو اللفظ . فاللفظ أولا — قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أى

مظهر خارجى آخر نستخلص منه الإرادة — هو الذى يعبر عن الإرادة الباطنة . فاللفظية والإرادة الظاهرة تمتزجان معاً فى صيغة العقد ، ويخلص منهما أن اللفظ هو أول أداة يعول عليها فى هذه الصيغة ، وأن اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر ، فإذا كان هذا المعنى واضحاً فلا محل بعد ذلك للبحث عن النية أو عن الإرادة الباطنة . واللفظ — لا فى صيغة العقد وحدها بل أيضا فى الإثبات حيث الشهادة تعلو على الكتابة — هو الشىء الثابت الذى يقف عنده الفقه الإسلامى ، ويؤثره على الكتابة وغيرها من مظاهر التعبير عن الإرادة مما لم يكن فى حضارة العصور الماضية ثابتاً مستقراً ، إذ لم تكن الكتابة منتشرة فى تلك العصور ، وما كان يتداول منها لا يؤمن فيه الزيغ أو الزلل .

فلننظر الآن فى نصوص الفقه الإسلامى كيف يكون التعبير عن الإرادة باللفظ ، ثم بغيره من مظاهر التعبير الأخرى .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة باللفظ

صيغة العقد اللفظية

---

§ ١ — الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة

صيغ الماضى والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال

صيغ الحال والاستقبال :

يؤثر الفقه الإسلامى صيغة الماضى لانعقاد العقد . ذلك أن صيغة الماضى هى المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة فى مرحلتها النهائية ، إرادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة إلى دور الجزم والقطع والبت والحسم .

أما صيغ المضارع والأمر والاستقبال والاستفهام ، فلأنها تحتمل الحال والاستقبال ، ولأن الصيغة لا بد من أن تتمحض للحال دون الاستقبال ، لذلك وجب الرجوع فى هذه الصيغ إلى الظروف والملابسات ، فإن دلت الصيغة بطريق الاقتضاء على الحال انعقد العقد .

وننقل عن البدائع (١) ما هو صريح فى هذا المعنى :

« الايجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى ، وقد يكون بصيغة الحال » .

« أما بصيغة الماضى فهى أن يقول البائع بعت ويقول المشترى اشتريت ، فيتم الركن . لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضى وضعاً ، لكنها جعلت إيجابا للحال فى عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع . وكذا إذا قال البائع خذ هذا الشىء بكذا أو أعطيته بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا ، وقال المشترى قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن . لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدى معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة » .

« وأما صيغة الحال فهى أن يقول البائع للمشترى أبيع منك هذا الشىء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشترى اشتريت ، أو قال المشترى اشترى منك هذا الشىء بكذا ونوى الايجاب ، أوقال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشترى أشتريه ونويا الايجاب ، يتم الركن وينعقد . وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازا ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية » .

« ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق ، بأن يقول المشترى للبائع أتبيع منى هذا الشىء بكذا أو أبعته منى بكذا ، فقال البائع بعت ، لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشترى أتشترى منى هذا الشىء بكذا فقال اشتريت ، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت » .

---

(١) البدائع جزء ٥ ص ١٣٣ — ص ١٣٤ .

« وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهى صيغة الأمر ، بأن يقول المشترى للبائع بع عبدك هذا منى بكذا فيقول بعت ؟ قال أصحابنا رحمهم الله : لا ينعقد مالم يقل المشترى اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشترى اشتر منى هذا الشىء بكذا فقال اشتريت . لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت عندنا . وقال الشافعى رحمه الله : ينعقد . وجه قوله : أن هذه الصيغة تصلح شطر العقد فى الجملة ، ألا ترى أن من قال لآخر تزوج ابنتى فقال الخاطب تزوجت ، أو قال زوج ابنتك منى فقال زوجت ، ينعقد النكاح ، فإذا صلحت هذه الصيغة شطراً فى النكاح صلحت شطراً فى البيع ، لأن الركن فى كل واحد منهما هو الإيجاب والقبول . ولنا : أن قوله بع أو اشتر طلب الإيجاب والقبول ، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجابا وقبولا ، فلم يوجد إلا أحد الشطرين ، فلا يتم الركن ، ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول لا إيجابا وقبولا ، كذا هذا . وهذا هو القياس فى النكاح ، إلا أنا استحسنا فى النكاح بنص خاص ، وهو ما روى أبو يوسف أن بلالا خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه ، فقال لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنى أن أخطب إليكم لم أخطب ، فقالوا له أملكت ، ولم ينقل أن بلالا رضى الله عنـــه قال قبلت ، فتركنا القياس هناك بالنص ، ولا نص فى البيع فوجب العمل بالقياس . ولأن هذه الصيغة مساومة حقيقة ، فلا تكون إيجابا وقبولا حقيقة بل هى طلب الإيجاب والقبول ، فلابد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما . ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة فى باب النكاح ، لأن المساومة لا توجد فى النكاح عادة فحملت على الإيجاب والقبول . على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك منى شطر العقد ، فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولى لجواز أن يزوج ولا يقبل الخاطب فيلحقه الشين ، فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء . وهذا المعنى فى باب البيع منعدم ، فبقيت سؤالا ، فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر » .

هذا ما جاء فى البدائع ، وهو يبسط فى وضوح تام كيف تتصل صيغة العقد بالإرادة الظاهرة . فى المذهب الحنفى ينعقد العقد بصيغة الحال لا بصيغة الاستقبال . ثم يستعرض الفقهاء ، لتطبيق هذه القاعدة ، الصيغ المختلفة : الماضى والمضارع والأمر والاستفهام والاستقبال .

صيغة الماضى :

أما صيغة الماضى فهى وإن كانت للماضى وضعا ، لكنها جعلت إيجابا للحال فى عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع كما يقول صاحب البدائع . فصيغة الماضى إذن ، بطبيعة وضعها فى عرف اللغة والشرع ، لفظ يتمحض للحال . فينعقد به العقد دون بحث عن النية ، أخذاً بالإرادة الظاهرة ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، لأن الجرى وراء نية العاقد والتحسس لما انطوت عليه سريرته أمر عسير .

واللفظية غير الشكلية . فإذا كان الفقه الإسلامى يؤثر اللفظ ، فإنه لا يشترط لفظ « البيع » ، بل أى لفظ يحمل معنى المبادلة يكفى مادامت صيغته تتمحض للحال . ومن ثم يقول صاحب البدائع : « إذ قال البائع أعطيتك هذا الشىء بكذا ، أوهو لك بكذا أوبذلتكه بكذا ، وقال المشترى قبلت أوأخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فإنه يتم الركن ، لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدى معنى البيع وهو المبادلة ، والعبرة للمعنى لا للصورة » .

ومن هنا نستخلص القاعدة الأولى : كل لفظ تتمحض صيغته للحال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة .

صيغة المضارع :

وأما صيغة المضارع فتحتمل الحال والاستقبال . بل إن استعمالها غلب للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً . ومن ثم لا يؤخذ فى هذه الصيغة بالإرادة

الظاهرة ، ويجب الرجوع إلى النية أى إلى الإرادة الباطنة . ولهذا رأينا صاحب البدائع يقول : « وأما صيغة الحال فهى أن يقول البائع للمشترى أبيع منك هذا الشىء بكذا ونوى الإيجاب فقال المشترى اشتريت ، أو قال المشترى أشترى منك هذا الشىء بكذا ، ونوى الإيجاب ، أو قال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشترى أشتريه ونويا الإيجاب يتم الركن وينعقد . وإنما اعتبرنا النية ههنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازا ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية » .

ومن هنا نستخلص القاعدة الثانية : كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة . لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية ، أى الأخذ بالإرادة الباطنة .

صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال :

وأما صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال فكلها عند الحنفية صيغ تتمحض للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد ولو نوى الإيجاب .

أما صيغة الأمر فهى عند الحنفية طلب للإيجاب والقبول ، وليست إيجابا وقبولا . فالإرادة الظاهرة هنا واضحة فى عدم البت والقطع ، ومن ثم لا ينعقد بها العقد . فإذا قال المشترى للبائع – كما جاء فى البدائع – بع عبدك هذا منى بكذا فيقول البائع بعت ، لا ينعقد العقد ما لم يقل المشترى اشتريت ، وإذا قال البائع للمشترى اشتر منى هذا الشىء بكذا فقال اشتريت ، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت .

وأما صيغة الاستفهام فهى صيغة تمحضت للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد . وقد رأينا صاحب البدائع يقول فى هذا الصدد : « ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق ، بان يقول المشترى للبائع أتبيع منى هذا الشىء بكذا أو أبعته منى بكذا فقال اشتريت لا ينعقد مالم يقل البائع بعت » .

وأما صيغة الاستقبال ، وهى الصيغة المقرونة بالسين وسوف ، فواضح

أنها تمحضت للاستقبال ، فلا ينعقد بها العقد . جاء فى الفتاوى الهندية : « وأما ماتمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف ... فلاينعقد به[1] » .

ومن هنا نستخلص القاعدة الثالثة : كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا ينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة . فلو نوى العاقد الإيجاب ، ولكنه استعمل صيغة تتمحض للاستقبال ، لاينعقد العقد .

المبدأ العام :

ونضع الآن القواعد الثلاث التى استخلصناها جنباً إلى جنب ، لنخرج منها بمبدأ عام .

فالقاعدة الأولى تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للحال ، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة وينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلايعدل عنها إلى الإرادة الباطنة .

والقاعدة الثانية تقضى بأن كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الظاهرة هنا غير واضحة ، فتعين الأخذ بالنية وهى الإرادة الباطنة .

والقاعدة الثالثة تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ولا ينعقد به العقد ، لأن الإرادة الظاهرة هنا واضحة فلايعدل عنها إلى الإرادة الباطنة .

والمبدا العام الذى نخرج به من مجموع هذه القواعد الثلاث هو مايأتى :

الأصل فى صيغة العقد هو الأخذ بالإرادة الظاهرة إذا كانت هذه الإرادة واضحة ، فإن تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وإن تمحضت للاستقبال لاينعقد . أما إذا كانت الإرادة الظاهرة غير واضحة ، بأن احتملت الصيغة الحال والاستقبال ، تعين الرجوع إلى النية أى إلى الإرادة الباطنة ، فإن انصرفت هذه الإرادة إلى الإيجاب انعقد العقد ، وإلا لم ينعقد .

(١) الفتاوى الهندية جزء ٣ ص ٤ .

§ ٢ — استعراض النصوص الفقهية
فى صيغة العقد اللفظية

هذا المبدأ العام الذى خرجنا به نضع أمامه الآن النصوص التى وردت فى كتب الفقه الاسلامى فى هذه المسألة ، لنرى هل يستقيم معها .

المذهب الحنفى :

جاء فى الهداية : « البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كان بلفظى الماضى ، مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت ، لأن البيع إنشاء تصرف ، والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به . ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضى ، بخلاف النكاح »(١)

وقد حاول صاحب فتح القدير ، فى شرحه للهداية ، أن يجعل العبرة دائماً بالنية لا بالصيغة ، فيعدل بذلك عن الإرادة الظاهرة إلى الإرادة الباطنة . وننقل مايقول فى هذا الصدد : « لايثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به . وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية . ولذا لاينعقد بلفظ بعت هزلا . فلامعنى لقوله ينعقد بلفظ الماضى ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما إذا لم ينو به ، فإنه ينعقد به فى الماضى وغيره بالنية ، ولا ينعقد بالماضى وغيره بلا نية .. واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال ، أما إذا تصادقا على نية البيع فى الحال فينعقد به فى القضاء ، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية »(٢) . فصاحب فتح القدير يحاول العدول عن المعايير الموضوعية التى وضعها الفقهاء . وهى الصيغة التى تتمحض للحال والصيغة التى تتمحض للاستقبال ، وأن يجعل النية — أى الإرادة الباطنة — هى المعيار ، فصيغة الماضى دون النية لاينعقد بها العقد كما فى الهزل ، وصيغة الاستقبال إذا اقترنت بها النية ينعقد بها العقد .

---

(١) انظر فتح القدير جزء ٥ ص ٧٤ — ٧٥ .
(٢) فتح القدير جزء ٥ ص ٧٤ — ٧٥ .

على أن هذه المحاولة لم تنجح ، فإن الفقهاء بقوا يرددون المعايير الموضوعية ويقفون عند الصيغ . وهم فى ذلك غير غافلين عن أن العبرة فى التصرفات بالإرادة لا بالصيغة ، ولكنهم يستخلصون الإرادة من الصيغة ، لأن الإرادة التى يعتدون بها هى الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة وذلك حتى يستقر التعامل. وغنى عن البيان أن الصيغة إذا تمحضت لمعنى معين ، وجب الوقوف عند هذا المعنى باعتبار أنه هو الإرادة الظاهرة ، وليست الصيغة إلا قرينة على هذه الإرادة ، ولكنها قرينة لا تقبل إثبات العكس . ومن ثم بقيت صيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث فى النية ، وصيغة الاستقبال لا ينعقد بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك ، والصيغة التى تحتمل الحال والاستقبال ينعقد بها العقد أو لا ينعقد تبعاً لقيام النية أو عدم قيامها . وبقى الفقهاء يواصلون ترديد هذه القواعد .

من ذلك ما جاء فى الفتاوى الهندية : « قال أصحابنا رحمهم الله : كل لفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضى أو الحال ينعقد بهما البيع ، كذا فى المحيط ، فارسية كانت أو عربية أو نحوهما ، هكذا فى التتارخانية . وينعقد بالماضى بلا نية وبالمضارع بها على الأصح ، هكذا فى البحر الرائق . فإذا قال البائع أبيع منك هذا العبد بألف أو أبذله أو أعطيكه وقال المشترى أشتريه منك أو آخذه ، ونويا الإيجاب للحال ، أو كان أحدهما بلفظ الماضى والآخر بالمستقبل مع نية الإيجاب للحال ، فإنه ينعقد . وإن لم ينو لا ينعقد ، هكذا فى القنية . وإذا ما تمحض للحال ، كأبيعك الآن ، فلا يحتاج إليها . وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف أو الأمر فلا ينعقد به ، إلا إذا دل الأمر على المعنى المذكور ، كخذه بكذا فقال أخذته ، فإنه كالماضى ، كذا فى النهر الفائق ... ثم إذا كان بلفظ الأمر فلابد من ثلاثة ألفاظ ، كما إذا قال البائع اشتر منى فقال اشتريت فلا ينعقد ما لم يقل البائع بعت ، أو يقول المشترى بع منى فيقول بعت ، فلابد من أن يقول ثانياً اشتريت ، كذا فى السراج الوهاج.

ولا ينعقد بصفة الاستفهام بالاتفاق »(١) . فها نحن نرى صاحب الفتاوى الهندية يردد ما سبقه إليه الفقهاء من القواعد التى تقدم ذكرها . ويزيد الأمر إيضاحا فى صيغتى المضارع والأمر . فصيغة المضـــارع التى تحتمل الحال والاستقبال قد تتمحض للحال إذا اقترن بها لفظ يدل على ذلك كلفظ « الآن » ، وعند ذلك ينعقد العقد دون بحث فى النية إذ أن الإرادة الظاهرة تصبح هنا واضحة فيؤخذ بها . وصيغة الأمر التى تتمحض عادة للمستقبل فلا ينعقد بها العقد . قد تتمحض فى بعض صورها للحال ، كما إذا قال البائع للمشترى خذ هذا بكذا فقال المشترى أخذته أو هاته فإن الأمر هنا تمحض للحال . فيؤخذ بالإرادة الظاهرة وينعقد العقد .

ومن ذلك أيضا ما جاء فى الزيلعى : « وينعقد بكل لفظ ينبىء عن التحقيق ، كبعت أو اشتريت أو رضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا »(٢) . فهنا استعمل الزيلعى صيغة الماضى وهى تتمحض للحال ، وصيغة «خذ» من صور صيغة الأمر وهى أيضا تتمحض للحال ، فينعقد العقد بكلتا الصيغتين دون بحث فى النية .

ومن ذلك أيضا ما جاء فى حاشية الشلبى على الزيلعى : « ثم اعلم أن اشتراط الإيجاب والقبول بأن يكونا بلفظ الماضى إذا لم توجد نية الحال من لفظ المستقبل ، فإذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل أيضا . قال الكمال وكذا لفظ خذه بكذا ينعقد به إذا قبل بأن قال أخذته ونحوه ، لأنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته ، أعنى الأمر بالأخذ ، يستدعى سابقة البيع ، فكان كالماضى .. إلا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء « خذه » سبقه بطريق الاقتضاء . فهو كما إذا قال بعتك عبدى هذا بألف فقال فهو حر ، عتق ، ويثبت اشتريت اقتضاء ، بخلاف مالو قال هو حر بلا فاء ، لا يعتق »(٣) . وهنا أيضا يقف الشلبى عند المعنى الظاهر من الصيغة . وظهور المعنى إما أن

---

(١) الفتاوى الهندية جزء ٣ ص ٤ .
(٢) الزيلعى جزء ٤ ص ٤ .
(٣) حاشية الشلبى على الزيلعى جزء ٤ ص ٤ .

يكون بحسب الوضع كما فى صيغة الماضى ، وإما أن يكون بطريق الاقتضاء كما فى بعض صور الأمر ، وكما إذا قرن العبارة بحرف الفاء فيدل اقتضاء على معنى الإيجاب . فالمسألة إذن ليست مسألة ألفاظ توقيفية تدخل فى نطاق الشكلية ، بل هى مسألة معان تستخلص من الألفاظ والصيغ تغليبا للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة .

ومن ذلك أخيرا ماجاء فى الدر : « وهما عبارة عن كل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك ماضيين كبعت واشتريت ، أو حاليين كمضارعين لم يقرنا بسوف والسين كأبيعك فيقول أشتريه ، أو أحدهما ماض والآخر حال ، ولكن يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثانى ، فإن نوى به الإيجاب للحال صح على الأصح وإلا لا ، إلا إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم فكالماضى ، وكأبيعك الآن لتمحضه للحال . وأما المتمحض للاستقبال فكالأمر لا يصح اصلا ، إلا الأمر إذا دل على الحال كخذه بكذا فقال أخذت أو رضيت ، صح بطريق الاقتضاء »(١) . وواضح أن ما جاء فى الدر ليس إلا ترديداً لما تقدم ذكره . وعليه استقر المذهب الحنفى .

مذهب مالك :

وأما مذهب مالك فيتفق مع المذهب الحنفى فى أن صيغة الماضى ينعقد بها العقد دون بحث فى النية ، فيؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، لأنها تتمحض للحال . ويتفق معه أيضا فى أن صيغة المضارع تتحمل الحال والاستقبال ، ومن ثم لا تكون الإرادة الظاهرة واضحة فلا يؤخذ بها ، ويتعين البحث عن النية أى عن الإرادة الباطنة ، ويتفق معه أخيراً فى صيغتى الاستفهام والاستقبال فهما يتمحضان للاستقبال ولا ينعقد بهما العقد . ولكن المذهبين يختلفان فى صيغة الأمر ، فإن هذه الصيغة عند الحنفية تتمحض للاستقبال كما رأينا ، ولذلك لا ينعقد بها العقد (إلا فى صورة خذ) . أما عند مالك فصيغة الأمر إما تتمحض

---

(١) حاشية ابن عابدين جزء ٤ ص ١٣ — ص ١٤ .

للحال. فينعقد بها العقد دون بحث فى النية ، أو فى القليل تحتمل الحال والاستقبال إذ هى أقوى من صيغة المضارع فى احتمال الحال تبعا للعرف ، فينعقد بها العقد إذا اقترنت بالنية . ويحلف من أتى بصيغة الأمر إذا أنكر أنه قصد الإيجاب .

هذه هى خلاصة عاجلة لمذهب مالك فى هذه المسألة . ويبقى الآن أن نستعرض بعض نصوص المذهب .

جاء فى المدونة الكبرى : « قال سألت مالكا عن الرجل يقف بالسلعة فى السوق ، فيأتيه الرجل فيقول بكم سلعتك هذه ، فيقول بمائة دينار . فيقول قد أخذتها فيقول الرجل لا أبيعك ، وقد كان أوقفها للبيع . أترى أن هذا يلزمه ؟ قال قال مالك يحلف بالله الذى لا إله إلا هو ماساومه على الايجاب فى البيع ولا على الإمكان . وما ساومه إلا على كذا وكذا لأمر يذكره غير الإيجاب ، فإذا حلف على ذلك كان القول قوله ، وأن لم يحلف لزمه البيع (١) . وظاهر مما جاء فى المدونة أن صيغة غير صيغة الماضى قد ينعقد بها البيع . فالبائع فى المثل المتقدم لم يقل بعت ، بل قال سلعتى بمائة دينار . ولكن اقترن بهذه الصيغة وقوفه فى السوق بالسلعة ليبيعها ، فيفترض أنه أراد الإيجاب ، إلا أن يحلف أنه لم يرده فيكون القول عند ذلك قوله بيمينه . ومؤدى ذلك أن الإرادة الظاهرة إذا لم تكن واضحة من الصيغة كما فى هذا المثل ، تعين البحث عن النية أى عن الإرادة الباطنة . والقاعدة عند مالك أن من يأتى بصيغة تحتمل الحال والاستقبال ، كصيغة المضارع أو الصيغة التى وردت فى المثل الذى نحن بصدده ، يكون القول قوله بيمينه ، فإن أنكر أنه نوى الإيجاب وحلف اليمين على ذلك لم يلزمه العقد ، وإن نكل عن اليمين فإن العقد يلزمه .

وجاء فى شرح الحطاب على خليل : « ليس للإيجاب والقبول لفظ معين ، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود . إلا أن فى الألفاظ ماهو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت ، أو ابتعت منك فيقول بعت فهذا يلزمهما . وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى

---

(١) المدونة الكبرى جزء ١٠ ص ٥١ .

يتنزل بها عرف أو عادة أو مايدل على البيع ، مثل أن يقول المبتاع بكم فيقول البائع بدينار ، فيقول قبلت ، فيقول البائع لا أبيعك ، فإن كان فى سوق تلك السلعة فروى أشهب يلزمه البيع ، وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ، ولا يلزمه »(١) . ونرى من ذلك أن هناك قولا فى مذهب مالك ، رواه أشهب ، يذهب إلى أن دلالة وقوف الرجل بالسلعة فى السوق قوية بحيث تكون قرينة لا تقبل النقض ، وتتمحض الصيغة للحال ، فينعقد العقد دون بحث فى النية كما فى صيغة الماضى . وهذا القول معقول كما هو ظاهر .

أما عن صيغتى الماضى والمضارع فى مذهب مالك ، فقد جاء فى شرح الحطاب أيضا مايأتى : «وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضى فتلزم ، او بلفظ المضارع فيحلف . ونحوه لابن عبدالسلام ، فقال حاصل كلامه أنه إن أتى بصيغة الماضى لم يقبل منه رجوع ، وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل فيحلف على ما أراده »(٢) . وهذا يتفق مع المذهب الحنفى ، فالماضى يتمحض للحال وينعقد به العقد ، والمضارع يحتمل الحال والاستقبال فلا ينعقد به العقد إلا بالنية ، فإن حلف على انعدامها فالقول قوله بيمينه .

أما عن صيغة الأمر ، فقد قدمنا أن هناك قولا فى مذهب مالك يقضى بأن هذه الصيغة تتمحض للحال كصيغة الماضى ، فينعقد بها العقد دون بحث فى النية ، وفى هذا المعنى جاء فى شرح الحطاب : « فإن قول المشترى لمن بيده سلعة بعنى سلعتك بعشرة لايدل صريحا على إيجاب البيع من جهة المشترى ، لأنه إما آمر للبائع أن يبيعه أوملتمس منه ذلك ، ويحتمل أن يكون راضيا به أو غير راض . ولكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به ، لأن « بعنى » صريح فى أمر المشترى للبائع بالبيع واستدعائه منه وطلبه له وإرادته إياه وحصول مطلوب يصير به مبتاعا . فإذا أجابه البائع

---

(١) شرح الحطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٠ .
(٢) شرح الحطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٣٢ .

يحصول مطلوبه ، فقد تم له ما أراده من وجود البيع . وظاهر كلام المصنف أن البيع ينعقد فى هذه المسألة ، ويلزم المشترى ، إذا أجابه البائع بما يدل على الرضاء ولو قال البائع بعد « بعتك » لا أرضى لأنى لم أرد إيجاب البيع ، ويعد قوله بعد ذلك لا أرضى ندما(١) » . ويتبين من ذلك أن صيغة الأمر تمحضت للحال ، لا بطبيعة الوضع ، بل بدلالة العرف .

وجاء فى حاشية الدسوقى على شرح الدردير استعراض لصيغ الماضى والمضارع والأمر فى مذهب مالك على الوجه الآتى(٢) : « والحاصل أن الماضى ينعقد به البيع اتفاقا ، ولا عبرة بقول من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء ولو حلف . والمضارع إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء قبل قوله ، وإلا لزم . وأما الأمر ، فهل هو كالماضى وهو قول مالك وابن القاسم فى غير المدونة ، أو كالمضارع وهو قول ابن القاسم فى المدونة ؟ ولكن الأرجح والمعول عليه أن عليه اليمين لأنه قول ابن القاسم فى المدونة » . وإلى هنا يبدو أن الدسوقى ، بعد أن بين أن صيغة الأمر اختلف فيها ، هل هى كصيغة الماضى تتمحض للحال ، أو هى كصيغة المضارع تحتمل الحال والاستقبال ، رجح احتمالها للحال والاستقبال لأن هذا هو قول ابن القاسم فى المدونة . ولكن الدسوقى يمضى فى حاشيته ، ويقرر أن صيغة الأمر ، على العكس مما قدمه ، إنما هى كصيغة الماضى تتمحض للحال بدلالة العرف لا بطبيعة الوضع ، إذ يقول : « لأن المطلوب فى انعقاد البيع مايدل على الرضا ، ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه ، لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفا ، وإن كان فى أصل اللغة محتملا ، بخلاف المضارع فإنه لايدل عليه . والحاصل أن المطلوب فى انعقاد البيع مايدل على الرضا عرفا وإن كان محتملا لذلك لغة ، فالماضى لما كان دالا على الرضا من غير احتمال انعقد البيع به من غير نزاع ، والأمر كبعنى

---

(١) شرح الحطاب على خليل جزء ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) حاشية الدسوقى على شرح الدردير جزء ٣ ص ٣ — ص ٤ .

إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له أو التماسه منه إلا أنه محتمل لرضاه به وعدمه، لكن العرف دل على رضاه به، وحينئذ فيستوى الأمر مع الماضى».

وجاء فى هامش الصاوى على شرح الدردير ما يؤيد أن صيغة الأمر تنزل منزلة صيغة الماضى من حيث تمحضها للحال بدلالة العرف، إذ يقول: «وحاصله أن المطلوب فى انعقاد البيع به ما يدل على الرضا عرفا وإن كان محتملا لذلك لغة. فالماضى لما كان دالا على الرضا من غير احتمال، انعقد البيع من غير نزاع، ولا يقبل رجوعه ولو حلف. والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له فهو يحتمل الرضا به وعدمه، ولكن العرف دل على رضاه به، وحينئذ فيستوى مع الماضى، ولا يقبل رجوعه عنه ولو حلف كما يفيده الشارح. والمضارع يحتمل الحال والاستقبال، ولم يكن فى العرف دالا على الرضا، فقبل الرجوع فيه باليمين»(١).

المذاهب الأخرى:

وقد رأينا أن الشافعى يجعل صيغة الأمر دالة على الإيجاب فيما نقلناه عن البدائع فى مناقشة رأيه. وجاء فى المهذب للشيرازى: «فإن قال المشترى بعنى فقال البائع بعتك، انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول»(٢).

وصيغة الأمر فى مذهب أحمد على قولين: قول يعقد به البيع، وقول لا يعقد. وجاء فى المغنى: «وإن تقدم بلفظ الطلب، فقال بعنى ثوبك فقال بعتك، ففيه روايتان: إحداهما يصح كذلك وهو قول مالك والشافعى، والثانية لا يصح وهو قول أبى حنيفة لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام، ولأنه عقد عرى عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب. وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضى روايتين أيضا. فأما إن تقدم

---

(١) هامش الصاوى على شرح الدردير جزء ٢ ص ٣ .

(٢) المهذب للشيرازى جزء أول ص ٢٥٧ . ومع ذلك انظر الوجيز « جزء أول ص ١٣٢ - ص ١٣٣ » : « ولا تكفى المعاطاة ، ولا الاستيجاب والايجاب ، وهو قوله بعنى بدل قوله اشتريت على أصح الوجهين . بخلاف النكاح فانه لا يجرى مفاوضة » .

بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعنى ثوبك بكذا فيقول بعتك ، لم يصح بحال ، نص عليه أحمد وبه يقول أبو حنيفة والشافعى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء »(١) .

ولخص الشعرانى اختلاف الأئمة فى صيغة الأمر فقال : « ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أن البيع ينعقد بلفظ الاستدعاء كبعنى أو اشتر منى فيقول بعت أو اشتريت ، مع قول أبى حنيفة أنه لا ينعقد أصلا ، فالأول مخفف والثانى مشدد . ووجه الأول حصول الغرض بكون المستدعى بائعاً أو مشترياً إذ لا بد من الجواب فى المسألتين . ووجه الثانى نسبة المستدعى إلى غش وتدليس فى العادة ، فربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن فى ذلك المبيع عيب لما كان يسأل غيره فى أخذه بل كان يصبر إلى أن يطلبه غيره منه كما هو مشهور فى الأسواق . ويصح حمل الأول على حال الأكابر من أهل العلم والدين الذين يرون الحظ الأوفر لإخوانهم ، وحمل الثانى على من كان بالضد من ذلك كما يعرف الناس ذلك من بعضهم بعضا بالتجربة أو القرائن ، فرجع الأمر إلى مرتبتى الميزان »(٢) .

وجاء فى النيل : ولو قال بع لى هذا الشىء بكذا فقال بعت لك بكذا ، ألزمه على الراجح »(٣) .

وجاء فى المنتزع المختار : « فلو قال بع منى هذا بكذا فقال بعت ، ينعقد »(٤) .

ويتبين مما تقدم أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الأئمة جميعا ، فيما عدا أبا حنيفة . وصيغة الماضى ينعقد بها العقد عند الجميع بلا خلاف . وصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لانعقاد العقد . ولا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام

---

(١) المغنى جزء ٤ ص ٣ – ص ٤ .

(٢) الميزان الكبرى للشعرانى جزء ٢ ص ٧٢ – ص ٧٣ .

(٣) النيل جزء ٢ ص ١٠ .

(٣) المنتزع المختار جزء ٣ ص ٢ .

ولا بصيغة الاستقبال . هذه هى خلاصة الفقه الإسلامى فى هذه المسألة ، وبها أخذ التقنين المدنى العراقى فى المادة ٧٧ إذ تجرى على الوجه الآتى :

١ — « الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد . وأى لفظ صدر أولا فهو إيجاب ، والثانى قبول » .

٢ — « ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضى ، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال » .

المطلب الثانى

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

المظاهر الخارجية الأخرى غير اللفظ للتعبير عن الإرادة قد تكون :

(١) الرسالة والكتابة . (٢) الاشارة . (٣) التعاطى .
(٤) أى موقف آخر يدل على الرضاء .
(٥) السكوت وهو موقف سلبى محض .

فنستعرض كلا من هذه المظاهر :

(١) الرسالة والكتابة :

صورة الرسالة هى أن يرسل العاقد للعاقد الآخر الغائب رسولا يبلغه الإيجاب شفاهاً باللفظ ، وصورة الكتابة هى أن يكتب العاقد للعاقد الآخر كتابا بإيجابه . ففى الحالتين التعاقد ما بين غائبين ويوجد وسيط بينهما . رسول يبلغ الإيجاب شفاهاً فى الرسالة ، أو كتاب يحمل الإيجاب مكتوبا فى الكتابة . ويلاحظ أن كلا من الرسالة والكتابة هنا مقصود بها التعبير عن الإرادة ذاتها لا مجرد إثباتها .

والأصل فى الفقه الإسلامى أن الإيجاب والقبول لا بد من اقتران أحدهما بالآخر فى مجلس واحد كما سيأتى . فإذا أوجب أحد العاقدين فى غياب العاقد

الآخر لم يتوقف الشطر حتى لو بلغ الآخر فقبل . ولكن وصول الإيجاب إلى مجلس القابل عن طريق الرسالة أو الكتابة هو نقل الإيجاب ماديا إلى مجلس القبول ، فيكون اقتران القبول بالإيجاب قد وقع فى مجلس واحد .

فإذا أرسل العاقد رسولا يبلغ إيجابه ، فالرسول ليس إلا ناقلا للإيجاب نقلا ماديا إذ هو يقتصر على نقل إرادة العاقد . وفى هذا يختلف عن النائب الذى يعبر عن إرادته لا عن إرادة الأصيل . وإذا نقل الرسول الإيجاب للعاقد الآخر ، وقبل هذا فى مجلس أداء الرسالة ، انعقد العقد ، لأن الرسول ناقل فلما قبل العاقد الآخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما . أما لو بلغ أحد الإيجاب بغير أمر الموجب فقبل العاقد الآخر ، لم ينعقد العقد لأن المبلغ ليس رسولا بل فضوليا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . لكن لو أمر الموجب أحدا بتبليغ إيجابه ، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، فكل تبليغ للإيجاب حتى لو كان من غير المأمور يعتبر تبليغاً برضاه ، فإن قبل العاقد الآخر فى مجلس التبليغ انعقد العقد.

وكالرسالة الكتابة ، لأن الكتاب كالخطاب ، فلو أرسل العاقد إيجابه فى كتاب للعاقد الآخر ، وبلغ الكتاب هذا ففهم ما فيه وقال قبلت فى مجلس بلوغ الكتاب ، انعقد العقد . ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين ، ويبدو أن الكتابة تختلف عن الرسالة فى أن العاقد الآخر إذا لم يجب فى أول مجلس لبلوغ الكتاب فالكتاب باق ، بحيث إذا قرىء فى مجلس ثان فقبل العاقد الآخر انعقد العقد .

وتتفق الكتابة والرسالة فى الأمرين الآتيين :

(١) لو استعمل العاقد ، فى الكتابة أو الرسالة ، صيغة هى فى ذاتها لا تتمحض للحال ، فإن إرسالها فى كتاب أو مع رسول يجعلها تتمحض للحال بدلالة الظروف . ذلك أن هناك فرقا بين الحاضر والغائب فصيغة الأمر للحاضر تكون استياما عادة ، أما للغائب بالكتابة أو الرسالة فيراد بها أحد شطرى العقد .

(٢) لما كان الإيجاب غير ملزم فى أكثر المذاهب ويجوز الرجوع فيه قبل صدور القبول ، فالرجوع فى الإيجاب بالكتابة أو بالرسالة جائز كذلك. فيصح رجوع الكاتب أو المرسل عن الإيجاب الذى كتبه أو أرسله قبل بلوغ ذلك للعاقد الآخر وقبوله ، سواء علم العاقد الآخر بالرجوع أو لم يعلم ، حتى لو قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد . وهذا بخلاف الوكيل ، فلو وكل شخص آخر بالبيع ، ثم عزل الوكيل قبل البيع ، فباع الوكيل دون أن يعلم بالعزل ، فإن البيع ينعقد . وفى هذا المعنى يقول الكاسانى : «ولو كتب شطر العقد ثم رجع ، صح رجوعه لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه، فههنا أولى . كذا لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وذا محتمل للرجوع فههنا أولى . وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به ، بخلاف ما إذا وكل إنسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله ، لأن الرسول يحكى كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه ، فكان سفيراً ومعبراً محضاً ، فلم يشترط علم الرسول بذلك ، أما الوكيل فإنما يتصرف عن تفويض الموكل إليه ، فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغرير»(١) .

هذا هو مجمل أحكام الرسالة والكتابة فى الفقه الإسلامى . وننقل الآن بعض النصوص التى تورد هذه الأحكام فى المذاهب المختلفة .

المذهب الحنفى :

جاء فى البدائع : «إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب ، فبلغه فقبل لا ينعقد ، بأن قال بعت عبدى هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل . ولو قبل عنه قابل ينعقد. والأصل فى هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين فى باب البيع يتوقف على الآخر فى المجلس ، ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإجماع ، إلا إذا كان عنه قابل ، أو كان بالرسالة أو الكتابة. أما الرسالة فهى أن يرسل رسولا إلى رجل ، ويقول للرسول إنى بعت عبدى

---

(١) البدائع جزء ٥ ص ١٢٨ .

بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة ، فقال المشترى فى مجلسه ذلك قبلت ، انعقد البيع ، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر فى المجلس . وأما الكتابة فهى أن يكتب الرجل إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا ، فبلغه الكتاب فقال فى مجلسه اشتريت ، لأن خطاب الغائب كتابه فكأنما حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر فى المجلس »(١) .

وجاء فى فتح القدير : « فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وفهم مافيه قال قبلت فى المجلس ، انعقد . والرسالة أن يقول اذهب إلى فلان وقل له إن فلانا باع عبده فلانا منك بكذا ، فجاء فأخبره فأجاب فى مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال بعت عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يافلان فأخبره ، فذهب فأخبره فقبل . وهذا لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما . فلو بلغه بغير أمره فقبل ، لم يجز لأنه ليس رسولا فضوليا ، ولو كان قال بلغه يافلان ، فبلغه غيره فقبل ، جاز . ولو كان المكتوب بعنيه بكذا ، فكتب بعتكه ، لايتم مالم يقل الأول قبلت . وأما ماذكر فى المبسوط لوكتب إليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع ، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود لابيان اللفظ الذى ينعقد به البيع . وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب، فبعنى من الحاضر يكون استياما عادة ، وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطرى العقد . هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أولم يعلم ، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لايتم البيع ، بخلاف مالو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل ، فإنه مالم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ »(٢) .

---

(١) البدائع جزء ٥ ص ١٢٨ .

(٢) فتح القدير جزء ٥ ص ٧٩ ــ وانظر الزيلعى ٤ ص ٤ : « والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس ادائهما » وعلق الشلبى : قوله حتى يعتبر مجلس ادائهما أى ويصح رجوعه عن ذلك بعد ما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الاخر ، سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما اذا عزل الوكيل بغير علمه فانه لاينعزل .

وجاء فى الدر : « ولو قال بعته فبلغه يافلان فبلغه غيره جاز فليحفظ . ولا يتوقف شطر العقد فيه أى البيع على قبول غائب ، فلو قال بعت فلاناً الغائب ، فبلغه فقبل ، لم ينعقد اتفاقا إلا إذا كان بكتابة أو رسالة ، فيعتبر مجلس بلوغها » . وقال ابن عابدين فى حاشيته تعليقاً على ماتقدم : « . . وجه الجواز ما نقل عن المحيط أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ برضاه ، فإن قبل صح البيع .. صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك اشتريت ، تم البيع بينهما . وصورة الإرسال أن يرسل رسولا ، فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يافلان وقل له ، فذهب الرسول فأخبره بما قال ، فقبل المشترى فى مجلسه ذلك . . قلت ويكون بالكتابة من الجانبين ، فإذا كتب اشتريت عبدك فلانا بكذا ، فكتب إليه البائع قد بعت ، فهذا بيع كما فى التتارخانية . قوله : فيعتبر مجلس بلوغها . أى بلوغ الرسالة أو الكتابة . قال فى الهداية والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة اه . وفى غاية البيان وقال شمس الأئمة الرضى فى كتاب النكاح من مبسوطه : كما ينعقـــد النكاح بالكتابة ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتاب أيضا . وذكر شيخ الإسلام جواهر زادة فى مبسوطه . الكتاب والخطاب سواء إلا فى فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ثم أجابت فى مجلس آخر فإن النكاح لايصح ، وفى الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود وقد سمعوا كلامها وما فى الكتاب ، يصح النكاح لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب . والكتاب باق فى المجلس الثانى فصار بقاء الكتاب فى مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه فى المجلس الثانى بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر . فأما إذا كان حاضراً فإنما صار خاطباً لها بالكلام وما وجد من الكلام لايبقى إلى المجلس الثانى ، وإنما سمع الشهود فى المجلس الثانى أحد شطرى

العقد اه . . وظاهره أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر الهداية فتأمل »(١).

مذهب مالك :

جاء فى الشرح الكبير للدردير . « بما . . يدل على الرضا — من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما » . وعلق الدسوقى فى حاشيته بما يأتى. « قوله . . بما يدل — أى عرفا سواء دل على الرضا لغة أيضاً أولا ، كبعت واشتريت وغيره من الأقوال . كالكتابة والإشارة والمعاطاة . قوله : منهما أو من أحدهما — راجع للقول ومابعده ، أى من قول من الجانبين ، أو كتابة منهما ، أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر ، أو إشارة منهما ، أو من جانب وقول أو كتابة من الآخر » .

وجاء فى الشرح الصغير للدردير : « وما دل على الرضا — من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما » . وعلق الصاوى : « قوله : وما دل على الرضا — أى عرفا سواء دل عليه لغة أيضاً أو لا ، فالأول كبعت واشتريت وغيره من الأقوال والثانى كالإشارة والمعاطاة . قوله : أو أحدهما — راجع للقول الأشارة والكتابة .

المذاهب الأخرى :

وجاء فى المهذب : « وإن كتب رجل إلى رجل يبيع سلعة ففيه وجهان . أحدهما ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة . والثانى لاينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره ، وقول القائل الأول أنه موضع ضرورة لايصح لأنه يمكن أن يوكل من يبيعه بالقول(٢) » . وظاهر أن القول المرجوح فى مذهب الشافعى هو القول الذى يتفق مع مقتضيات التعامل ومع مذاهب الأئمة الآخرين .

---

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٤ — ص ١٥ .
(٢) المهذب ١ ص ٢٥٧ .

وجاء فى النيل : « ينعقد من بائع بألفاظ تدل عليه .. أو بإشارة أو كتابة من أخرس وممنوع من كلام . ونحو ذلك مما يدل على رضا[١] » . ويتبين من ذلك أن الكتابة لاتصح إلا من الأخرس والممنوع من الكلام ، وفى هذا تضييق لايقول به سائر الأئمة كما رأينا .

(٢) الإشارة :

انعقاد العقد بالإشارة لم يجد فى الفقه الإسلامى المكان الرحب الذى اتسع لانعقاد العقد بالرسالة والكتابة . فعند الحنفية إذا كان العاقد قادراً على الكلام فإن الإشارة لاتغنى عن العبارة ، وإذا كان النطق ليس بشرط فى انعقاد العقد فيجوز للأخرس أن يتعاقد بإشارته المفهومة ، فإن التعاقد بالإشارة لايقبل إلا منه ، سواء كان خرسه أصلياً منذ الميلاد أو كان عارضاً ودام حتى وقع اليأس من كلامه . وقد جاء فى البدائع[٢] فى هذا الصدد ما يأتى: «وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما ، فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة فى ذلك ، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة فى ذلك قامت الإشارة مقام عبارته . هذا إذا كان الخرس أصلياً بأن ولد أخرس ، فإذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس فلا إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق بالخرس الأصلى » . ويجوز للأخرس أن يتعاقد أيضا بالكتابة ، بل هو أولى فى ذلك من غير الأخرس لمكان الضرورة . ولكن قدرة الأخرس على الكتابة لا تمنع من جواز تعاقده بالإشارة ، بخلاف غير الأخرس فلا يجوز تعاقده بالإشارة إلا لضرورة . ويقول فى ذلك ابن نجيم فى الأشياء والنظائر[٣] ما يأتى : « كتابة الأخرس كإشارته . واختلفوا فى أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة

---

(١) النيل ٢ ص ١٠ .

(٢) البدائع ٥ س ١٣٥ .

(٣) الاشباه والنظائر ص ١٨٨ .

أولا ، والمعتمد لا ، ولذا ذكره فى الكنز بأو . ولابد فى إشارة الأخرس من أن تكون معهودة ، وإلا لاتعتبر . وفى فتح القدير من الطلاق ولا يخفى أن المراد بالإشارة التى يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه ، لأن العادة منه ذلك ، فكانت بيانا لما أجمله الأخرس . انتهى . وأما إشارة غير الأخرس ، فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف ، والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه ، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف . وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته » . وجاء فى ابن عابدين [١] : « ظاهر قوله من لفظين إنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس ، ويدل عليه ما فى الحاوى الزاهدى فى فصل البيع الموقوف . فضولى باع مال غيره فبلغه فسكت متأملا ، فقال ثالث هل أذنت لى فى الأجازة فقال نعم ، فأجازه ينفذ . ولو حرك رأسه بنعم ، فلا ، لأن تحريك الرأس فى حق الناطق لا يعتبر اه » .

وظاهر أن المذاهب التى لا تجيز الكتابة فى انعقاد العقد ، كمذهب الشافعى ، لا تجيز من باب أولى الإشارة من غير الأخرس . وهذا هو أيضا مذهب الزيدية . جاء فى المنتزع المختار [٢] . « والبيع والشراء أيضا يصحان من المصمت ، وهو الذى اعتقل لسانه من الكلام لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم ، ويصحان من الأخرس ، وهو الذى يجمع بين الصم والعجمة ، والأعجم الذى يسمع ولا يتكلم ، فتصح عقودهم كلها بالإشارة التى يفهم بها مراده . فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها » .

ومذهب مالك هو أوسع المذاهب جميعا فى هذه المسألة ، وهو الذى يساير مقتضيات التعامل ، ومن ثم وجب الأخذ به . فهو يجيز التعاقد بالإشارة ولو من غير الأخرس . وقد نقلنا عن الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير [٣] وعن الصاوى على الشرح الصغير [٤] أن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفا ،

---

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٣ .

(٢) المنتزع المختار ٣ ٩ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣ص٢ .

(٤) الصاوى على الشرح الصغير ٢ ص ٣ .

سواء دل عليه لغة أو لم يدل ، كالقول والكتابة والإشارة والمعاطاة . ولم تتقيد الإشارة بان تكون من الأخرس ، فإشارة غير الأخرس معتبرة. وجاء في شرح الحطاب[1] : « وعلم أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا ، وبالإشارة الدالة على ذلك وهى أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام ، قال الله تعالى : آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ، والرمز الاشارة .. وغير الأخرس كالأخرس قاله أبو الحسن فى شرح مسألة المدونة المذكورة ونصه : وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه بالإشارة وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها انتهى . وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود » .

(٣) التعاطى أو المعاطاة :

التعاقد بالتعاطى أو بالمعاطاة هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى. وقد اختلفت المذاهب فى جواز ذلك . فالشافعى لايجيز التعاقد إلا باللفظ عند الإمكان كما علمنا ، فلا يجيز التعاقد بالتعاطى . وعلى النقيض من ذلك الفقه المالكى ، فإنه يجيز التعاقد بالتعاطى ولو من جانب واحد ، ولكن العقد لا يلزم إلا بالمعاطاة من الجانبين . وفى المذهبين الحنفى والحنبلى التعاقد بالتعاطى جائز على تفصيل سنذكره فيما يلى . ونستعرض الآن هذه المذاهب المختلفة .

المذهب الحنفى :

يمكن القول إن التعاقد بالتعاطى احتل مكانه فى المذهب الحنفى تدرجا لاطفرة . فقد كان يصح فى الخسيس دون النفيس ، ثم أصبح يصح فى الخسيس والنفيس معا . وقد كان قبض البدلين جميعا شرطا فى تمام العقد ، ثم صار قبض أحد البدلين يكفى . ونورد من النصوص مايدل على ذلك .

---

(١) شرح الخطاب ٤ ص ٢٢٩ .

أما عن الخسيس والنفيس ، فقد جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٣٤) ما يأتى : « وذكر القدورى أن التعاطى يجوز فى الأشياء الخسيسة ولا يجوز فى الأشياء النفيسة . ورواية الجواز فى الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهى الصحيحة . لأن البيع فى اللغة والشرع اسم للمبادلة ، وهى مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء ، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما . والدليل عليه قوله عز وجل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، والتجارة عبارة عن جعل الشىء للغير ببدل وهو تفسير التعاطى .. وإذا ثبت ان حقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء ، فهذا يوجد فى الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعا ، فكان التعاطى فى كل ذلك بيعا ، فكان جائزاً » . وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٧) ما يأتى : « . . . ولهذا ينعقد . . بالتعاطى فى النفيس والخسيس . قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه ، وقوله — هو الصحيح — من قول الكرخى أنه إنما ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط ، وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة . قال أبو معاذ رأيت سفيان الثورى جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى . وجه الصحيح أن المعنى وهو دلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل ، وفى الإيضاح هو خلاف ماذكره محمد فى الأصل فى مواضع » . وجاء فى الفتاوى الخانية (انظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٢ ص ١٢٧) ما يأتى : وقد يكون البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ البيع ، ويسمى هذا البيع بيع التعاطى . واختلف المشايخ رحمهم الله فيه . قال بعضهم هذا البيع يختص بالأشياء الخسيسة كالبقل واللحم والخبز والحطب . وقال بعضهم ينعقد فى الكل ، وإليه أشار فى الجامع الصغير فى الوكالة » .

وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) : وقد يكون البيع بالأخذ والإعطاء من غير لفظ ويسمى هذا البيع بيع التعاطى ، كذا فى فتاوى قاضيخان . ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً وهو الصحيح ،

هكذا فى التبيين ». وجاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٤) : « قال رحمه الله — وبتعاط — أى يلزم بالتعاطى أيضا ، ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً . وزعم الكرخى أنه ينعقد به فى شىء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد فى النفيس لعدمها . والصحيح الأول ، لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ ، وقد وجد التراضى من الجانبين ، فوجب أن يجوز ». وجاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦) . « قوله — فى خسيس ونفيس — النفيس ما كثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالخبز ، ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس بما دونه، والإطلاق هو المعتمد عن البحر . قلت ليس فى البحر قوله : والإطلاق هو المعتمد . نعم ذكره فى شمول التعاطى للخسيس والنفيس فقال وهو الصحيح المعتمد . قوله — خلافا للكرخى — فإنه قال لا ينعقد إلا فى الخسيس . . وما فى الحاوى القدسى من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما فى البحر ».

وأما عن أن قبض البدلين جميعا ليس بشرط وأن قبض أحد البدلين يكفى ، فقد جاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٧٧) : « واختلف فى أن قبض البدلين شرط فى بيع التعاطى أو أحدهما كاف ، والصحيح الثانى . ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين ، وهذا ينتظم الثمن والمبيع ، ونصه فى الجامع على أن تسليم المبيع يكفى لا ينفى الآخر ». وجاء فى شرح العناية للبابرتى (أنظر فتح القدير جزء ٥ ص ٧٧) : « ثم إن محمدا رحمه الله أشار فى الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفى فى تحققه ». وجاء فى الفتاوى الخانية (أنظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٢ ص ١٢٧) : « وقال القاضى الإمام أبو الحسن على السعدى رحمه الله تعالى هذا البيع لا يكون إلا بقبض البداين جميعا ، وقال بعضهم قبض أحدهما يكفى ». وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : « والشرط فى بيع التعاطى الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلوانى ، كذا فى الكفاية وعليه أكثر المشايخ ، وفى البزازية هو المختار كذا فى البحر الرائق . والصحيح أن قبض أحدهما كاف لنص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البداين ، وهذا ينتظم الثمن والمبيع ، كذا فى النهر الفائق ».

وجاء فى الفتاوى البزازية (أنظر هامش الفتاوى الهندية جزء ٤ ص ٣٦٨ — ص ٣٧٠): «وأفتى الإمام الحلوانى بأن التعاطى من أحد الجانبين لا يكون بيعا مطلقا مع بيان الثمن ، بل لابد فى المختار من الجانبين . والكرمانى على أن تسليم المبيع على وجه البيع والتمليك مع بيان الثمن بيع ، وتأويله إذا قبض المبيع لا الثمن ، أما إذا دفع الثمن ولم يقبض المبيع لايجوز لأن المبيع أصل إلا إذا كان بيع مقايضة» . وجاء فى الزيلعى (جزء ٤ ص ٤) : «ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطى ، قيل يتم بالدفع من الجانبين ، وأشار محمد أنه يكتفى بتسليم المبيع» . وجاء فى الدر المختار (أنظر ابن عابدين جزء ٤ ص ١٦ — ص ١٧) . «وقيل لابد فى التعاطى من الإعطاء من الجانبين ، وعليه الأكثر . قاله الطرسوسى واختاره البزازى ، وأفتى به الحلوانى ، واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال ، وقد علمت المفتى به» . وجاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦ — ص ١٧) ، توضيحا لما تقدم فى الدر المختار ، ماياتى : «قوله — ولو التعاطى من أحد الجانبين — صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشترى المتاع ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثمن ، أو يدفع المشترى الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع ، فإن البيع لازم على الصحيح ، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضى . . قوله : فتحرر ثلاثة أقوال — هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطى فى مواضع ، فصوره فى موضع بالإعطاء من الجانبين ففهم منه البعض أنه شرط ، وصوره فى موضع بالإعطاء من أحدهما ففهم البعض أنه يكتفى به ، وصوره فى موضع بتسليم المبيع ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفى» .

على أنه إذا كان قبض أحد البدلين كافيا فى التعاقد بالتعاطى ، فلابد فى جميع الأحوال من أن يكون كل من البدلين معلوما . ففى البيع مثلا يجب أن يكون كل من المبيع والثمن معلوما للمتبايعين ، وهذا فيما يكون ثمنه غير معروف فى الأسواق . فإن كان الثمن معروفا فى سوق البلدة ، وكان المشترى من أهلها ،

قامت هذه الظروف قرينة على علمه بالثمن . وقد جاء فى هذا الصدد فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٨٧) : « ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم ، فقال ضعه . وفى أجناس الناطق لوقال بكم تبيع قفيز حنطة ، فقال بدرهم ، فقال اعزله ، فعزله فهو بيع . وكذا لوقال للقصاب مثله ، فوزنه وهو ساكت ، فهو بيع ، حتى لو امتنع القصاب من دفع اللحم ، أجبرهما القاضى . وكذا إذا قال زن لى ماعندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن ، بخلاف مالو قال زن لى ثلاثة أرطال فوزنها ، له الخيار لأنه ليس بمعلوم ، بخلاف مالو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ . وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه ، فقال بدرهم ، فعزل عشرة واختارها ، فذهب بها والبائع ينظر ، أو عزل البائع عشرة فقبلها المشترى ، تم البيع » . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) : « ... يشترط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع . . . وهذا فيما ثمنه غير معلوم . وأما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ، كذا فى البحر الرائق .. فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا قال للحام كيف تبيع اللحم ، قال كل ثلاثة أرطال بدرهم ، قال قد أخذت منك زن إلى ، ثم بدا للحام ألا يزن ، فله ذلك ، وإن وزن فقبل قبض المشترى كان لكل واحد منهما الرجوع ، فإن قبضه المشترى أو جعله البائع فى وعاء المشترى بأمره ، تم البيع وعليه درهم . وفى نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى إذا قال لقصاب زن لى ماعندك من اللحم ، أو قال زن لى من هذا الجنب أوقال من هذه الرجل على حساب ثلاثة أرطال بدرهم ، فوزن ، فلا خيار له ، كذا فى المحيط . . دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة ، وقال له بكم تبيعها ، فقال مائة بدينار ، فسكت المشترى ثم طلب منه الحنطة ليأخذها ، فقال البائع غدا أدفع إليك ، ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشترى ، فجاء غدا ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر ، فليس للبائع أن يمنعها منه بل عليه أن يدفعها بالسعر الأول ، كذا فى القنية .. قال لقصاب كم من هذا اللحم بدرهم ، فقال ، منوين ، قال زن ، فأعطى درهما ، فأخذه ،

جائز ولا يعيد الوزن ، وإن وزنه فوجده أنقص رجع بقدره من الدرهم لا من اللحم لأن الانعقاد بقدر المبيع المعطى ، كذا فى الوجيز للكردى . رجل أتى قصابا كل يوم بدرهم ، والقصاب يقطع اللحم له ويزنه ، وصاحب الدراهم يظن أنه من ، وثمن اللحم فى البلد هكذا ، ثم وزن المشترى فى البيت يوما فوجد اللحم ثلاثين أستارا ، يرجع على القصاب بما يخص قدر النقصان من الدراهم ، ولا يرجع بقدر النقصان من اللحم . هذا إذا كان الرجل من أهل البلدة التى وقع فيها البيع . أما إذا لم يكن من أهل هذه البلدة بأن كان غريبا ، وقد اصطلح أهل البلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك على وجه لا يتفاوت ، فقال هذا الغريب لخباز أو قصاب أعطنى بدرهم خبزا وأعطنى لحما بدرهم ، فأعطاه أقل مما شاع ، ولم يعلم المشترى بذلك ثم علم ، ففى الخبز له أن يرجع كما إذا كان من أهل هذه البلد ، وفى اللحم ليس له أن يرجع ، لأن الاصطلاح والتسعير فى الخبز متعارف فظهر فى حق الكل ، وفى اللحم من الغرائب فلا يظهر فى حق غير أهل البلدة ، كذا فى الظهيرية . فى مجموع النوازل رجل له على آخر دين وطالبه ، فجاء المطلوب بشعير قدرا معلوما وقال للطالب خذه بسعر البلد ، قال إن كان سعر البلد معلوما وهما يعلمان ذلك كان بيعا تاما ، أما إذا لم يكن سعر البلد معلوما أو كان معلوما إلا أنهما لا يعلمان ذلك لا يكون بيعا ، كذا فى المحيط » . وجاء فى الفتاوى البزازية (انظر الفتاوى الهندية جزء ٤ ص ٣٦٨ — ص ٣٧٠) : « . . وكذا إذا قال المشترى كله بدرهم فكاله ولم يقل شيئا . قال بكم عشر من هذه البطاطيخ ، فقال البائع بدرهم ، فأفرز عشرا وأعطى درهما وأخذه ، تم البيع . وكذا الرمان وإن كان متفاوتا . . . وفى الخبز واللحم بيع بلا بيان الثمن ، وفيما سواهما كالصابون ونحوه لا . . . اتفق أهل بلدة على سعر اللحم والخبز وشاع على وجه لا يتفاوت ، فأعطى رجل ثمنا واشتراه ، فأعطى أقل من المتعارف ، إن من أهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن ، وإن من غير أهلها رجع فى الخبز لأن التسعير فيه متعارف ..

دفع الصابون إلى بقال للبيع بلا ذكر الثمن ، أو أخذه منه بجهة الشراء بلا ذكر الثمن ، لايجعل بيعا . والحاصل أن فيماسوى الخبز واللحم لابد من بيان الثمن حتى يكون بيعا بالتعاطى . له عليه عشرة طلبها منه ، فأعطاه ألف منّ من الحنطة ولم يذكر بيعا ولا مقاصة بالدين ، يكون بيعا ، وإن كانت لاتفى بالدين إن كان السعر معلوما فبيع بقدر قيمتها ، وإلا فلا بيع . . . وجاء أن الثورى جاء إلى فكهانى ووضع عنده فلسا وأخذ رمانة ومضى ولم يتكلم ، وبه أخذ الفقيه ، لكن إنما يجوز هذا عند ظهور السعر ، فأما مايجرى فيه النزاع فلا ، حتى يكون تجارة عن تراض » . وجاء فى ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : « . . . وهذا فيما ثمنه غير معلوم ، أما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ، ذكره فى البحر . والمراد فى صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود معلوم ، لكن المشترى دفع ثمنه ولم يقبضه ط . وفى القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة ، وقال له بكم تبيعها ، فقال مائة بدينار ، فسكت المشترى ثم طلب منه الحنطة ليأخذها ، فقال البائع غدا أدفع لك ، ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشترى فجاء غدا ليأخذ الحنطة وقد تغير السعر ، فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول . قال رضى الله عنه وفى هذه الواقعة أربع مسائل ، إحداها الانعقاد بالتعاطى ، الثانية الانعقاد فى الخسيس والنفيس وهو الصحيح ، الثالثة الانعقاد به من جانب واحد ، الرابعة كما ينعقد بإعطاء المبيع ينعقد بإعطاء الثمن اهـ . قلت وفيها مسألة خامسة أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة المثمن لكون دفع الثمن قبل معرفته بحر . . . . طالب مديونه فبعث إليه شعيرا قدرا معلوما ، وقال خذه بسعر البلد ، والسعر لهما معلوم ، كان بيعا وإن لم يعلما فلا » .

والتعاطى ، ولو من جانب واحد ، فعل يتضمن الدلالة على الرضا . ومن ثم يؤخذ بهذه الدلالة إلا إذا عارضها الظاهر . فلو صرح أحد الطرفين بأنه يرفض التعاقد ، فإن دلالة الرضا المستفادة من التعاطى تنتفى ، ولا يتم العقد . والرفض الصريح ينفى الرضا الضمنى المستخلص من التعاطى ، حتى لو كان هذا

الرفض الصريح يجوز حمله على غير ظاهره ، بأن يحمل على تظاهر المتعاقد بالرفض لتطييب قلب المتعاقد الآخر وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحته . وهذا لأن الأصل فى الفقه الإسلامى هو تقديم اللفظ على غيره إذ هو أدل على الإرادة الظاهرة . وقد جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٩) فى هذا المعنى ما يأتى : « دفع إليه دراهم ليشترى منه البطاطيخ المعينة ، فأخذها ويقول لا أعطيها بها ، وأخذ المشترى منه البطاطيخ فلم يستردها ، ويعلم عادة السوقة أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع ، وإلا يكون راضيا ويصيح خلفه لا أعطيها تطييبا لقلب المشترى ، فقال مع هذا لا يصح البيع ، كذا فى القنية » . وجاء فى الدر المختار (انظر ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧): « فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيخ ، والبائع يقول لا أعطيها بها ، لم ينعقد » . وعلق ابن عابدين فى حاشيته على هذا القول بما يأتى (ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : قوله — لم ينعقد — أى وإن كان يعلم عادة السوقة أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع ، وإلا يكون راضيا به ويصيح خلفه لا أعطيها تطييبا لقلب المشترى ، فإنه مع هذا لا يصح البيع « قنية » .

وحتى ينعقد العقد بالتعاطى لما يتضمن من الدلالة على الرضا ، يجب أن تنصرف هذه الدلالة إلى رضاء صحيح . أما إذا كان التعاطى مجرد تنفيذ لعقد سابق ، وكان هذا العقد السابق باطلا أو فاسدا ، انعدمت الدلالة المستفادة من التعاطى ، وبقى العقد على حاله باطلا أو فاسدا بعد التنفيذ ، كما كان قبل التنفيذ. جاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٨) : اشترى وسائد وطنافس لم تنسج ولم يذكر الأجل ، لا يصح ، ولو نسج الوسائد وسلمها لا يصح . والتعاطى إنما يكون بيعا إن لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل ، وأما إذا كان بناء عليه فلا ، كذا فى الوجيز للكردى » . وجاء فى الدر المختار (انظر ابن عابدين ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : « كما لو كان بعد عقد فاسد ، خلاصة وبزازية وصرح فى البحر بأن الإيجاب والقبول بعد عقد فاسد لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد ، فنى بيع التعاطى بالأولى ، وعليه فيحمل ما فى الخلاصة وغيرها على ذلك ، وتمامه فى الأشباه من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن

والمبنى على فاسد فاسد » . وجاء فى ابن عابدين (٤ ص ١٦ — ص ١٧) تعليقا على هذا القول ما يأتى : « قوله — كما لو كان — أى البيع بالتعاطى بعد عقد فاسد . وعبارة الخلاصة اشترى رجل من وسائدى وسائد ووجوه الطنافس وهى غير منسوجة بعد ، ولم يضربا له أجلا ، لم يجز ، فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم إلى المشترى لا يصير هذا بيعاً بالتعاطى ، لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلاء اه . وعبارة البزازية : والتعاطى إنما يكون بيعاً إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق ، أما إذا كان بناء عليه فلا اه . قوله — لا ينعقد بها البيع قبل متاركة الفاسد — يتفرع عليه ما فى الخانية : لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ، ثم لقيه غدا فقال قد بعتنى ثوبك هذا بألف درهم ، فقال بلى ، فقال قد أخذته ، فهو باطل ، وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد ، فإن كانا تاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم اه . قلت لكن فى النهاية والفتح وغيرهما عند قول الهداية : ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم الخ ، البيع بالرقم فاسد لأن فيه زيادة جهالة تمكنت فى صلب العقد ، وهى جهالة الثمن برقم لا يعلمه المشترى فصار بمنزلة القمار ، وعن هذا قال شمس الأئمة الحلوانى وإن علم بالرقم فى المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضى به المشترى ينعقد بينهما عقد بالتراضى اه ، وعبر فى الفتح بالتعاطى والمراد واحد . وسيأتى أيضا فى باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لا يصح ، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع فى رواية ، وظاهر الرواية أنه لا يتم ، قال فى البحر هناك وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطى اه . وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد ، وقد يجاب . . . بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطى بعد المجلس أما فيه فلا يشترط كما هنا ، والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلا بد من المتاركة ، أما فى المجلس فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمنا تأمل . ويحتمل وهو الظاهر أن يكون فى المسألة قولان . . . هذا وما ذكره عن الحلوانى فى البيع بالرقم يخالفه فى الهندية آخر باب المرابحة ، وذكر أن العلم فى المجلس يجعل

كابتداء العقد ، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس ، وبه جزم فى الفتح هناك أيضا . قوله — فنى بيع التعاطى بالأولى الخ — مأخوذ من البحر حيث قال فنى بيع التعاطى بالأولى وهو صريح الخلاصة والبزازية أن التعاطى بعد عقد فاسد أو باطل لاينعقد به البيع لأنه بناء على السابق وهو محمول على ماذكرناه اه . وقوله على ماذكرناه أى من أن عدم الانعقاد قبل متاركة الأول ، وهو معنى قول الشارح ، فيحمل ما فى الخلاصة وغيرها على ذلك . ومراده بما فى الخلاصة ماقدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد ، ونقلنا عباراتها وعبارة البزازية وليس فيها التنفيذ بماقبل متاركة الأول فقيد الشارح تبعاً للبحر لئلا يخالف كلام غيرها فافهم . . . قوله — إذا بطل المتضمن بالكسر بطل المتضمن بالفتح — فإنه لما بطل البيع الأول بطل ماتضمنه من القبض إذا كان قبل المتاركة . »

بقى ، بعدما تقدم ، أن نورد صوراً من بيع التعاطى كما وردت فى النصوص . جاء فى فتح القدير (٥ ص ٧٧) : « وفى المنتقى له على آخر ألف درهم ، فقال الذى عليه المال للذى له المال أعطيك بمالك دنانير ، فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ، ثم فارقه فجاءه بها فدفعها إليه يريد الذى كان ساوم عليه ، ثم فارقه ولم يستأنف بيعاً ، جاز هذه الساعة . وكذا لو سام رجلا بشىء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكاله له ، جاز . ومن صوره إذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وقال هذه أمتك والمودع يعلم أنها ليست إياها ، وحلف ، فأخذها ، حل الوطء للمودع وللأمة . وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى ، فحلف الخياط أنها هى ، وسعه أخذها » . وجاء فى الفتاوى الهندية (٣ ص ٩) : « ومن بيع التعاطى تسليم المشترى ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة فى موضوع لاشفعة فيه . وكذا تسليم الوكيل بعد ماصار شراؤه لنفسه إلى الموكل إذا قبضه الآمر وأنكر الآمر وقد اشترى له ، كذا فى البحر الرائق ناقلا عن المجتبى . ومن صوره ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك ، والمودع يعلم أنها ليست هى ، وحلف ، فأخذها ، حل

الوطء للمودع وللأمة بالتمكين . وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي ، وحلف الخياط أنها هي ، وسعه أخذها ، كذا في البحر الرائق . وكذا القصار إذا رد ثوبا آخر على رب الثوب وكذا الإسكاف ، كذا في الواقعات الحسامية » . وجاء في الفتاوى البزازية (انظر الفتاوى الهندية ٤ ص ٢٦٨ — ص ٣٧٠) : « اشترى وقرا بثمانية ، ثم قال ائت بوقر آخر وألقه هنا ، ففعل ، له طلب الثمن . . . . اشترى من القصاب لحما بدرهم وزنا وقبضه ، إن كان القصاب ذبح شاته وباع منه يحل للمشترى الأكل قبل الوزن . وللاحتياط كان السلف يمسكون الموازين في البيوت » . وجاء في ابن عابدين (٤ ص ١٦—١٧) : « وهو (أي بيع التعاطي) يقتضي الإعطاء من جانب والأخذ من جانب ، لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي . أي حيث قال إن حقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ . وهو يفيد أنه لابد من الإعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة وهي مفاعلة اهـ . قلت وقوله من غير لفظ يفيد ماقدمناه عن الفتح من أنه لو قال بعتكه بألف . فقبضه المشترى ولم يقل شيئاً ، كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطي خلافا لمن جعله منه ، فإن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن . . . الإقالة تنعقد بالتعاطي أيضا من أحد الجانبين على الصحيح اهـ . وكذا الأجارة كما في العمارية ، وكذا الصرف كما في النهر مستدلا عليه بما في التتارخانية ، اشترى عبدا بألف درهم على أن المشترى بالخيار ، فأعطاه مائة دينار ، ثم فسخ البيع ، فعلى قول الامام الصرف جائز ويرد الدراهم ، وعلى قول أبي يوسف الصرف باطل ، وهي فائدة حسنة لم أر من نبه عليها اهـ . . . . ومن بيع التعاطي تسليم المشترى ماشتراه إلى من يطلبه بالشفعة في موضع لاشفعة فيه . وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعدما أنكر التوكيل . ومنه حكما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وحلف ، للمودع وطؤها وكان بيعا بالتعاطي . وعن أبي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي ، فحلف الخياط أنها هي ، وسعه أخذها . وينبغي تقييده بما إذا كانت العين للدافع .

ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له . فأخذها ، ورضى بها كما فى الفتح وعلى هذا فلابد من الرضا فى جارية الوديعة والبطانة ، وتمامه فى البحر » . وفى الدر المختار « مايستجره الإنسان من البياع كالزيت والعدس والملح وماشاكل ، إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها ، جاز استحسانا » .

ويمكن أن نستخلص من القواعد التى بسطناها والنصوص التى قدمناها النتيجتين الآتيتين :

(أولا) إذا أجيز عقد التعاطى بادىء الأمر فى الخسيس دون النفيس، واشترط قبض البدلين ، فقد يحمل ذلك على أنه مطاوعة للعرف فيما ألف التعامل فيه بالتعاطى . وأنه نزول عند حكم الواقع بعد قبض البدلين وتمام تنفيذ العقد.

(ثانيا) ولكن التعاطى اعتبر بعد ذلك ، لا على الوجه المتقدم ، بل من طريق ما يتضمن من الدلالة على الرضاء . فالفعل هنا — وهو التعاطى — يعدل القول . ويجوز إذن التعبير عن الإرادة بالفعل كما جاز التعبير عنها باللفظ فيشمل التعاطى الخسيس والنفيس ، ويكفى فيه قبض أحد البدلين ، مادام أنه فى الحالتين يدل على التراضى. وفى هذا رد فعل ضد الإمعان فى اللفظية وتخفيف من أثر تقديم اللفظ على غيره من مظاهر التعبير عن الإرادة . ومن النصوص التى نقلناها فيما تقدم مايؤكد اعتبار الفقهاء للتعاطى من جهة دلالته على معنى التراضى . من ذلك مانقلناه عن فتح القدير : « وقوله هو الصحيح احتراز من قول الكرخى إنما ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط . . . وجه الصحيح أن المعنى ، هو الدلالة على التراضى ، يشمل الكل (أى الخسيس والنفيس) وهو الصحيح ، فلا معنى للتفصيل» . ومن ذلك أيضاً مانقلناه عن الزيلعى : «ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيسا : وزعم الكرخى أنه ينعقد به فى شىء خسيس لجريان العادة ولاينعقد فى النفيس لعدمها ، والصحيح الأول لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ : وقد وجد التراضى من الجانبين فوجب أن يجوز » .

ومما يؤكد أن الفقهاء فى النهاية اعتبروا التعاطى من جهة دلالته على معنى التراضى الصحيح ، أنهم استبعدوه فى كل موضع تنتفى فيه هذه الدلالة : استبعدوه إذا تعارض مع الرفض الصريح ، واستبعدوه كذلك إذا كان مجرد تنفيذ لعقد باطل أو فاسد .

مذهب مالك :

ومذهب مالك يجيز التعاقد بالمعاطاة ، دون تمييز بين خسيس ونفيس ، وسواء تم قبض البدلين جميعا أو قبض أحد البدلين دون الآخر ، مادام كل من البدلين معلوما . ولا يظهر فى مذهب مالك التدرج الذى لاحظناه فى مذهب أبى حنيفة ، فهو يجيز التعاقد بالمعاطاة طفرة فى جميع الصور . غير أن العقد الذى يتم بالمعاطاة لا يكون لازما عند مالك إلا بقبض البدلين جميعا . أما إذا قبض أحد البدلين دون الآخر فإن العقد يتم ، ولكن لا يكون لازما فيجوز الرجوع فيه . وإليك بعض النصوص التى تبسط هذه الأحكام :

جاء فى الشرح الكبير للدردير (جزء ٣ ص ٣) : « . . . وإن حصل الرضا بمعاطاة ، بأن يأخذ المشترى المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه ، من غير تكلم ولا إشارة ولو فى غير المحقرات . ولزوم البيع فيها بالتقابض أى قبض الثمن والمثمن ، وأما أصل البيع فلا يتوقف على ذلك خلافا لما يوهمه المصنف ، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن فقد وجد أصل العقد لا لزومه ولا يتوقف العقد على دفع الثمن ، فيجوز أن يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه . فلو قال المصنف وإن أعطاء لكان أحسن ، أى وإن كان الدال على الرضا إعطاء ولو من أحد الجانبين إذ كلامه فى الانعقاد ولو بلا لزوم » . وقال الدسوقى تعليقاً على ما تقدم : « قوله — وإن بمعاطاة — أى هذا إذا كان دليل الرضا غير معاطاة ، بأن كان قولا أو كتابة أو إشارة ، بل وإن كان دليل الرضا معاطاة وفاقا

لأحمد وخلافا للشافعي القائل لابد من القول من الجانبين مطلقا ، أى كان المبيع من المحقرات أم لا ، ولأبي حنيفة فى غير المحقرات فلا بد فيهما من القول عنده من الجانبين وتكفى المعاطاة فى المحقرات . قوله — ولزوم البيع فيها — أى فى المعاطاة بالتقابض أى بالقبض من الجانبين ، فمن أخذ رغيفاً من شخص ودفع له ثمنه له فلا يجوز له رده وأخذ بدله للشك فى التماثيل ، بخلاف مالو أخذ الرغيف ولم يدفع ثمنه فيجوز له رده وأخذ بدله لعدم لزوم البيع ، قوله — ولا يتوقف العقد — أى صحة العقد . وقوله — فيجوز أن يتصرف فيه بالأكل ونحوه — أى كالصدقة — قبل دفع ثمنه ، أى إن وجد من الآخر مايدل على الرضا وإلا لم ينعقد بيع بينهما وأكله غير حلال .

وجاء فى الشرح الصغير للدردير (جزء ٢ ص ٣) : « وإن كان مايدل عليه معاطاة من الجانبين ولو فى غير المحقرات كالثياب والرقيق بأن يدفع المشترى الثمن للبائع ويأخذ المثمن أو يدفعه له البائع » . ويقول الصاوى تعليقاً على ذلك : « قوله — معاطاة — أى وفاقاً لأحمد ، وخلافا للشافعي القائل لابد من القول من الجانبين مطلقا ، كان المبيع من المحقرات أم لا . وقوله ولو فى غير المحقرات — رد على أبي حنيفة فى اشتراطه القول فى غير المحقرات ومحل إجراء المعاطاة حيث أفادت فى العرف ، ولا تلزم إلا بالدفع من الجانبين . فيجوز التبديل فى نحو الخبز بعد أخذه وقبل دفع الدراهم لا بعده ، للربوية والشك فى التماثل كتحقق التفاضل . ولا بد من معرفة الثمن للاستثمان »

وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٢٨) : « . . . أن الركن الأول الذى هو الصيغة التى ينعقد بها البيع ، هو مايدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب ومايدل على الرضا من المشترى ويسمى القبول . وسواء كان الدال قولا كقول البائع : بعتك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك ، وقول المشترى اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك ، أو كان فعلا كالمعاطاة وهى المناولة قاله فى الصحاح ، وقال الشيخ زروق ، هى أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن من غير إيجاب ولا استيجاب لأن الفعل يدل على الرضا عرفا والمقصود من

البيع إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بعوض ترضاه ، فلا يشترط القول ويكفى الفعل كالمعاطاة . :. أن الدال على الرضا المسمى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولا . . . وتارة يكون فعلا واختلف فيه . فذهب مالك رحمه الله وجماعة إلى الاكتفاء بذلك ، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لاينعقد إلا بالقول. قال ابن رشد فى المذهب واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا واختلفوا فى انعقاده بالمعاطاة ، فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقا . وقال أبو حنيفة ينعقد بها فى المحقرات خاصة وإليه مال الغزالى اه. واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع ، فلا ينعقد به البيع . واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهى كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما ، فتكفى دلالة العرف فى ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان ذلك الفعل معاطاة . ولما كان الفعل مختلفا فى انعقاد البيع ، به نبه على ذلك المصنف بقوله وإن بمعاطاة يعنى ان الدلالة على الرضا يكفى فيها الفعل لأنه يدل على الرضا فى كثير من الأمور دلالة عرفية وإن كان ذلك الفعل معاطاة . وعلم من هذا أن بيع المعاطاة المحضة العارى على القول من الجانبين لابد فيه من حضور الثمن والمثمن ، ولذا قال بن عرفة أثناء كلامه فى بيعتين فى بيعة وبياعات زماننا فى الأسواق ، إنما هى بالمعاطاة فهى منحلة قبل قبض المبيع »

وجاء فى تهذيب الفروق (جزء ٣ ص ١٨١) : « الفرق السابع والخمسون والمائة بين قاعدة البيع ، توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة وهى الأفعال دون شىء من الأقوال ، وزادوا على ذلك حتى قالوا كل ماعده الناس بيعا فهو بيع . قال الشافعى لاتكفى المعاطاة دون قول . وقاعدة النكاح وقع التشدد فيها فقد اتفقوا على اشتراط الصيغ فيه حتى لايعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة ، ويفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح على هذا بأربعة

وجوه مبنية على أربع قواعد : (الوجه الأول) أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه أنه تزويج لازنا وسفاح بخلاف البيع . . . وليس الإشهاد شرطا فى البيع فلذا جوزوا فيه المناولة . »

المذاهب الأخرى :

وفقه أحمد بن حنبل يجيز المعاطاة كفقه مالك وفقه أبى حنيفة . جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٤) : « الضرب الثانى المعاطاة ، مثل أن يقول أعطنى بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه ، فهذا بيع صحيح ، نص عليه أحمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز قال كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا ، فإنه قال يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا . قال بعض الحنفية يصح فى خسائس الأشياء . وحكى عن القاضى مثل هذا ، قال يصح فى الأشياء اليسيرة دون الكبيرة . ومذهب الشافعى رحمه الله أن البيع لا يصح ألا بالايجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا . ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه فى القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاما وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم ، ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك فى بياعاتهم لنقل نقلا شائعاً ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله . ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى ، فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ولم يخف حكمه لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال الباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولأن الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر ولم ينقل إنكاره . . فكان ذلك إجماعا . . . ولو كان الإيجاب والقبول شرطا فى هذه العقود لشق ذلك ،

ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة، ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضى، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه»[١]. وجاء فى الفروع (جزء ٢، ص ٤٤٢): «ويصح بيع المعاطاة نحو أعطنى بدرهم خبزا فيعطيه ما يرضيه أو خذ هذا بدرهم فيأخذ . . . ومثله وضع ثمنه عادة وأخذه. وكذا هبة، فتجهيز بنته بجهاز إلى زوج تمليك فى الأصح، وذكر ابن عقيل وغيره صحة الهبة ولا بأس بذوقه حال الشراء، نص عليه وقال أيضا لا أدرى ألا أن يستأذن».

أما الشافعى فلا يجيز التعاقد بالمعاطاة لأنه يمعن فى الأخذ باللفظية كما رأينا فيما تقدم. جاء فى المهذب (جزء ١ ص ٢٥٧): «ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليه». وجاء فى الوجيز (جزء ١ ص ١٢٣): «ولا تكفى المعاطاة... أصلا».

ومذهب الشيعة الجعفرية كمذهب الشافعى لا يجيز التعاقد بالمعاطاة. جاء فى مفتاح الكرامة للعاملى (جزء ٤ ص ١٥١ وص ١٥٤ و١٦٣)، لا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطن ... فلا ينعقد بشىء من الكنايات كالتسليم. . وكذلك الحال فى جانب القبول وسائر العقود . . . ولا تكفى المعاطاة . . . ولا تكفى الإشارة إلا مع العجز».

وفى مذهب الأباضية خلاف فى جواز التعاقد بالمعاطاة. جاء فى النيل (جزء ٢ ص ١١): «وإن اتفقا على كيل معلوم، فوزن الثمن أولا ثم كيل الطعام أو عكسه، فحمل على ذلك لا ببعت لك، أو حمل قبل وزن الثمن جىء به فقبضه البائع، فهل ينعقد بذلك إذ حقيقته المعاوضة، وقد وقعت ودفع البدل يزيل الضمان، أولا، قولان».

(١) انظر أيضا الشرح الكبير على المقنع جزء ٤ ص ٤.

وفى كتب الفقه المقارنة تلخيص للخلاف فيما بين المذاهب فى التعاقد أرجعه الشعرانى كعادته إلى مرتبتى الميزان. قال فى الميزان الكبرى (جزء ٢ ص ٧٢). «ومن ذلك قول الشافعى فى أرجح قوليه وأبى حنيفة وأحمد فى إحدى الروايتين عنهما أنه لا ينعقد البيع بالمعاطاة[١]، مع قول مالك إن البيع ينعقد بها. فالأول مشدد، والثانى مخفف، فرجع الأمر إلى مرتبتى الميزان. ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم إنما البيع عن تراض، والرضا خفى، فاعتبر ما يدل على ذلك من اللفظ، لا سيما إن وقع تنازع بعد ذلك بين البائع والمشترى وترافعا إلى الحاكم، فإنه لا يقدر على الحكم بشهود إلا إن شهدوا بما سمعوه من اللفظ، ولا يكفى أن يقولوا رأيناه يدفع إليه دنانير مثلا ثم دفع إليه الآخر حمارا مثلا. ووجه قول مالك ومن وافقه أن القرينة تكفى فى مثل ذلك؟ وهو قبول البائع الثمن وإعطاؤه المبيع للمشترى ولو أنه لم يرض به لم يمكنه منه. وهذا خاص بالأكابر من أهل الدين الذين لا يدعون باطلا ويرون الحظ الأوفر لأخيهم كما كان عليه السلف الصالح وأهل الصدق فى كل زمان. وأما الأول فهو خاص بأبناء الدنيا المؤثرين أنفسهم على إخوانهم، بل ربما رد أحدهم شهادة من شهد عليه بحق وطعن فى شهود خصمه. ومن ذلك قول بعضهم إنه لا يشترط اللفظ فى الأشياء الحقيرة كرغيف وحزمة بقل، مع قول بعضهم إنه يشترط. فالأول مخفف، والثانى مشدد، على وزن ما تقدم فى الأمور الخطيرة. وضابط الخطير والحقير أن كل ما تحتاج الناس فيه إلى الترافع إلى الحكام فهو خطير، وكل ما لا يحتاجون فيه إلى ذلك فهو حقير»

(٤) أى موقف آخر يدل على الرضاء.

ولنا بعد ما قدمناه أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامى، فى مذاهبه المختلفة، أن هناك ميلا واضحا إلى العدول عن مذهب اللفظية الضيق الذى

---

(١) يبدو أن نقل مذهبى أبى حنيفة وأحمد هنا غير دقيق، كما يظهر مما قدمناه.

التزمه الشافعي في بعض الروايات عنه ، وإلى اعتبار التعاقد جائزا بالرسالة وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطي ، من حيث دلالة كل ذلك على التراضي ، ومن ثم إلى اعتبار التعاقد جائزا باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي. وفي هذا يتلاقى الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي.

رأينا في نصوص المذهب الحنفي ما يؤيد ذلك . فقد سبق أن نقلنا عن الزيلعي (جزء ٤ ص ٤) قوله . « جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ » . ونقل عن السرخسي في المبسوط (جزء ١١ ص ١٥٠) . « العقد قد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح » . ونقل عن الكاساني في البدائع (جزء ٥ ص٢٦١ — ٢٦٢) : « الشرط قد يثبت نصا أو دلالة ... وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه، وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك في الشراء بشرط الخيار» ويقول الكاساني أيضا (جزء ٥ ص ٢٧٠) : « ولو كان المبيع دابة فركبها ، فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة وإن ركبها ليسقيها أو يشترى لها علفا أو ليردها على بائعها ، فالقياس أن يكون إجازة لأنه يمكن أن يفعل ذلك قودا ، وفي الاستحسان لا يكون إجازة وهو على خياره لأن ذلك مما لا بد منه ، خصوصا إذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل إجازة.ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره، لأنه لا بد له من ذلك للاختيار. بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها بعد ما علم بالعيب يبطل خياره لأن له منه بدا ، ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها ، فكان دليل الرضا بالعيب ».وجاء في ابن عابدين (جزء ٤ ص٩): « فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم ، فأكله ، تم البيع وأكله حلال . والركوب واللبس ، بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا ، رضا بالبيع . وكذا إذا قال بعتكه بألف ، فقبضه ولم يقل شيئا ، كان قبضه قبولا ، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ، ففي جعل الأخيرة من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر اهـ » .

ونرى ابن عابدين هنا يميز تميزاً دقيقا بين بيع التعاطى والبيع الذى يتم بالإيجب والقبول ويكون الإيجاب فيه باللفظ أما القبول فيكون فعلا يدل على الرضاء . وقد سبق أن نقلنا منه فى هذا المعنى ما يأتى (جزء ٤ ص ١٦ — ص ١٧) : « لو قال بعتكه بألف ، فقبضه المشترى ولم يقل شيئا ، كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطى ، خلافا لمن جعله منه ، فان التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن » .

ورأينا فى نصوص مذهب مالك ما يؤيد ذلك أيضا . بل إن مذهب مالك هو أكثر المذاهب ابتعاداً عن اللفظية ، وأقربها إلى الأخذ بالدلالة العرفية دون الدلالة الوضعية . وقد سبق أن نقلنا عن الحطاب (جزء ٤ ص ٢٢٨) ما يأتى : « واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية ، وهى كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما ، فتكفى دلالة العرف فى ذلك على طيب النفس ، والرضا بقول أو فعل » . ومالك ، كما نقلنا عن المغنى (جزء ٤ ص ٤) ، يقول : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا » .

ورأينا فى نصوص مذهب أحمد ماهو صريح فى هذا المعنى . فقد نقلنا عن المغنى أيضا (جزء ٤ ص ٤) : « . . ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضى ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه » .

ويؤكد الفقهاء المحدثون هذا المعنى فى عبارات واضحة صريحة . من ذلك ما يقوله الأستاذ على الخفيف (أحكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ — ١٥٦) « الثالث أنها تنعقد بكل ما يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف أو لم يجر ، ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا لا فى شرع ولا فى لغة ، بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعددها ، كما فى تنوع اللغات وتعددها . فإن لمعنى البيع والإجارة والرهن وغيرها من

العقود ألفاظا كثيرة متعددة فى جميع اللغات ، ولا يجب على الناس التزام لفظ منها . وكذلك تتنوع الكتابة عند الكاتبين ، والإشارة عند الخرس، فلا يتقيد بكتابة خاصة ولا بإشارة خاصة مادام الإفهام متوافراً، لأنه المناط، وما اعتبرت الألفاظ والكتابة الإشارة إلا دوال عليه ، وليست فى الواقع إلا أفعالا قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدى ، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها ، إذ التفرقة بينها حينئذ تعتبر تحكما ليس له مبرر . وإذن فالعبرة بالإفهام ، سواء أكان كل من الإيجاب والقبول كلاما أو كتابة أو إشارة أو فعلا ، أم كان أحدهما كلاما والآخر كتابة أو إشارة أو فعلا . فاذا قلت لإنسان خذهذا الكتاب بجنيه،فسلمته إليه ، تم البيع ، وإذا ركبت الترام ، فأخذ منك الكمسارى أجر ركوبك . تمت الإجارة . وإذا دفعت الثوب إلى الحائك ، فأخذه منك، تمت الإجارة ، وهكذا . وهذا ما يتفق مع أصول مذهب مالك ، وهو ظاهر مذهب أحمد وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندى لقوة مبناه » . ومن ذلك أيضا ما يقوله الأستاذ محمد أبو زهرة (الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٥ — ٢٠٦) : « ... فكل ماعده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به ، وكل ما يعتبره الناس دالا على الإجارة فالإجارة تنعقد به وليس لذلك حد لا فى شرع ولا فى لغة ، بل يتنوع بتنوع الناس ، كما تتنوع لغاتهم .. ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى ، إذا كان ماتعاقدوا به دالا على مقصودهم ، وإن كان قد يستحب بعض الصفات اللفظية للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية والضمير المستكن . وهذا القول هو الغالب على أصول مالك ، وظاهر مذهب أحمد » . ومن ذلك أخيراً ما يقوله الأستاذ محمد يوسف موسى (الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ص ٢٧٢ — ص ٢٧٣) : « وأخيراً نجد مذهبا أشد تيسيراً من سابقه ، وهو الذى يرى أن العقد ،

مهما كان أمره وموضوعه، ينعقد بالقول أو الفعل الدال دلالة لا ليس فيها على إرادتى كل من طرفيه، سواء كان العقد على هذا الوضع متعارفا أم غير متعارف. فكل ما يدل على البيع ينعقد به، وكل ما يدل على الاجارة تنعقد بها، وكذلك الشركة والوكالة والسلم والعقود الأخرى على اختلافها وتعددها. إن الضابط عند الذين ذهبوا هذا المذهب هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بيقين على ما يريدانه من إنشاء العقد وإبرامه، دون نظر إلى ما تعورف من الصيغ والأشكال التى ينعقد بها العقد. وهكذا نرى هذا الراى يسير فى عدم الشكلية، إلى أقصى الحدود، وهو الرأى الغالب على أصول مذهب مالك، كما أنه ظاهر مذهب ابن حنبل، وهو ما نرضاه رأيا لنا(١).

كل هذا يدل على أن من المقبول فى الفقه الإسلامى، وهذه نصوصه، القول بأن أى مظهر للتعبير عن الإرادة ما دام قاطعا فى دلالته على الرضاء يكفى فى انعقاد العقد. وعلى هذا التخريج جرت المـــادة ٧٩ من التقنين المدنى العراقى الجديد بما يأتى: «كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة، يكون بالمكاتبة، وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة العقلية الدالة على التراضى، وباتخاذ أى مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على التراضى».

(٥) السكوت :

بقى السكوت على اعتبار أنه دال على الرضا. والسكوت مظهر للتعبير عن الإرادة يختلف عن جميع المظاهر الأخرى التى قدمناها، بأنه موقف سلبى محض.

---

(١) ويشير كل من الاستاذ محمد ابو زهرة والاستاذ محمد يوسف موسى الى فتاوى ابن تيمية جزء ٢ ص ٢٦٧ — ص ٢٧١ . وقد جاء فى هذه الفتاوى ما ياتى : « انها (أى العقود)تصح بالافعال كالمبيعات بالمعاطاة وكالوقف فى مثل من بنى مسجدا وأذ ن للناس فى الصلاة فيه ، أو سبل أرضا للدفـ ن، أو بنى مطهرة وسبلها للناس . وكبعض أنواع الاجارة ، كمن دفع ثوبه الى غسال أو خياط يعمل بالاجرة ، أو ركب سفينة ملاح ، وكالهدية ونحـو ذلك . فان هذه العقود لو لم تنعقد بالافعال الدالة عليها لفسدت أمور الناس . ولان الناس من لدن النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ، ما زالوا يتعاقدون فى مثل هذه الاشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود . وهذا القول يسير على اصول أبى حنيفة ، وهو قول فى مذهب أحمد » (فتاوى ابن تيمية جزء ٢ ص ٢٦٧ — ص ٢٦٨) .

فالساكت لم يعبر بطريق إيجابى عن أية إرادة . لذلك قيل فى الفقه الاسلامى « لاينسب لساكت قول »، ويصدق هذا على الايجاب دون القبول، فالايجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف الملابسة ولذلك قيل تكملة للعبارة الأولى : « ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان » .

وقد جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٨) بيان للحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا نظرا للظروف الملابسة فيما يأتى : « لا ينسب إلى ساكت قول فلو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكن وكيلا بسكوته، ولو رأى القاضى الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون إذنا فى التجارة، ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن ولا يكون رضا فى رواية ، ولو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون إذنا بإتلافه ، ولو رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا كذا ذكره الزيلعى فى المأذون ، ولو سكت عن وطء أمته لم يسقط المهر، وكذا عن قطع عضوه أخذا من سكوته عند إتلاف ماله ، ولو رأى المالك رجلا يبيع متاعه وهو حاضر ساكت لا يكون رضا عندنا خلافا لابن أبى ليلى ، ولو رأى قنه يتزوج فسكت ولم ينهه لا يصير إذنا له فى النكاح، ولو تزوجت غير كفء فسكوت الولى عن مطالبة التفريق ليس برضا وإن طال ذلك ، وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا ولو أقامت معه سنين وهى فى جامع الفصولين ، وفى عارية الخانية الإعارة لا تثبت بالسكوت . وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق . الأولى سكوت البكر عند استئمار وليها قبل التزويج وبعده . الثانية سكوتها عند قبض مهرها . الثالثة سكوتها إذا بلغت بكرا . الرابعة حلفت ألا تتزوج فزوجها أبوها فسكتت حنثت . الخامسة سكوت المتصدق عليه قبول الموهوب له . السادسة سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن . السابعة سكوت الوكيل قبول ويرتد برده . الثامنة سكوت المقر له قبول

ويرتد برده . التاسعة سكوت المفوض له قبول التفويض وله رده . العاشرة سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده وقيل لا . الحادية عشر سكوت أحد المتبايعين فى بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لى أن أجعله بيعا صحيحا . الثانية عشر سكوت المالك القديم حين قسمة ماله بين القاسمين رضا . الثالثة عشر سكوت المشترى بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى مسقط لخياره . الرابعة عشر سكوت البائع الذى له حق حبس المبيع حين رأى المشترى قبض المبيع إذن بقبضه صحيحا كان البيع أم فاسداً . الخامسة عشر سكوت الشفيع حين علم بالبيع مسقط للشفعة . السادسة عشر سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى إذن فى التجارة . السابعة عشر لو حلف المولى لا يأذن له فسكت حنث فى ظاهر الرواية. الثامنة عشر سكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية إقرار برقه إن كان يعقل ، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه . التاسعة عشر لو حلف لا ينزل فلانا فى داره وهو نازل فى داره حنث ، لا لو قال له اخرج منها فأبى أن يخرج فسكت . العشرون سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته إقرار به فلا يملك نفيه . الحادية والعشرون سكوت المولى عند ولادة أم ولده إقرار به . الثانية والعشرون السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلا ، لا لو كان فاسقاً عنده ، وعندهما هو رضا ولو كان فاسقا . الثالثة والعشرون سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولى على هذا الخلاف . والرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً إقرار بأنه ليس له على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافا لمشايخ بخارى فينظر المفتى فيه . الخامسة والعشرون رآه يبيع أرضا أو داراً فتصرف فيه المشترى زمانا وهو ساكت تسقط دعواه . السادسة والعشرون أحد شريكى العنان قال للآخر إنى أشترى هذه الأمة لنفسى خاصة فسكت الشريك لا تكون لهما . السابعة والعشرون سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين إنى أريد شراءه لنفسى فشراه كان له . الثامنة والعشرون سكوت ولى الصبى العاقل إذا رآه يبيع ويشترى إذن . التاسعة والعشرون

سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال مافيه رضا . الثلاثون سكوت الحالف لايستخدم مملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينهه حنث . هذه الثلاثون فى جامع الفصولين وغيره . وزدت ثلاثا ، اثنين من القنية . الأولى دفعت فى تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت فليس له الاسترداد . الثانية أنفقت الأم فى جهازها ماهو معتاد فسكت الأب لم تضمن الأم . الثالثة باع جارية وعليها حلى وقرطان ولم يشترط ذلك للمشترى لكن تسلم المشترى الجارية وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان المال لها ، كذا فى الظهيرية . ثم زدت أخرى : القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه فى الأصح . وأخرى على خلاف فيها : سكوت المدعى عليه ولا عذر به إنكار ، وقيل لا ويحبس ، وهى فى قضاء الخلاصة . فهى خمس وثلاثون : ثم رأيت أخرى كتبتها فى الشرح من الشهادات : سكوت المزكى عند سؤاله عن الشاهد تعديل . السابعة والثلاثون سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن كما فى القنية ، انتهى » .

وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٩٧ — ص ٩٨) : « لا ينسب إلى ساكت قول ، هذه عبارة الشافعى رضى الله عنه . ولهذا لو سكت عن وطء أمته لا يسقط المهر قطعا ، أو عن قطع عضو منه أو إتلاف شىء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه بلا خلاف ، بخلاف ما لو أذن فى ذلك . ولو سكتت الثيب عند الاستئذان فى النكاح لم يقم مقام الإذن قطعا . ولو علم البائع بوطء المشترى الجارية فى مدة الخيار لا يكون إجازة فى الأصح . ولو حمل من مجلس الخيار ولم يمنع من الكلام لم يبطل خياره . وخرج عن القاعدة صور . منها البكر سكوتها فى النكاح إذن للأب والجد قطعا ، ولسائر العصبة والحاكم فى الأصح . ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه يجعله كالمنكر الناكل وترد اليمين على المدعى . ومنها لو نقض أهل الذمة ولم ينكر الباقون بقول ولا فعل بل سكتوا انتقض فيهم أيضا . ومنها لو رأى السيد عبده يتلف مالا لغيره وسكت عنه ضمنه . ومنها إذا

سكت المحرم وقد حلقه الحلاق مع القدرة على منعه لزمته الفدية فى الأصح . ومنها لو باع العبد البالغ وهو ساكت صح البيع ، ولا يشترط أن يعرف البائع سيده فى الأصح . ومنها القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة لفظه فى الأصح . ومنها مسائل أخرى ذكرها القاضى جلال الدين البلقينى ، أكثرها على ضعيف وبعضها اقترن به فعل قام مقام النطق ، وبعضها فيه نظر » .

من هذه النصوص يتبين أن السكوت فى الفقة الإسلامى يعتبر قبولا إذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالته تنصرف إلى الرضاء . وقد أخذ التقنين المدنى العراقى بهذه القاعدة ، فجرت المادة ٨١ منه بما يأتى :

١ — « لاينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا » .

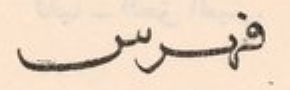
٢ — « ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . وكذلك يكون سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولا لما ورد فى قائمة الثمن من شروط » .

فعدد التقنين العراقى من هذه الملابسات التى تصرف دلالة السكوت إلى الرضاء ثلاثة .

(أولا) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل . ويدخل فى ذلك سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه ، وسكوت أحد المتبايعين فى بيع التلجئة ، وسكوت المشترى بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى ، وسكوت البائع الذى له حق حبس المبيع حين رأى المشترى قبض المبيع ، وسكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة .

(ثانيا) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . ويدخل فى ذلك سكوت المتصدق عليه ، وسكوت المفوض ، وسكوت الموقوف عليه .

(ثالثا) سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبول لما ورد فى قائمة الثمن من شروط . والملابس هنا فرع عن ملابس أعم ، هو أن يكون الشخص فى وضع بحيث لو لم يكن راضيا لما سكت عن التصريح بالرفض ، فيعتبر سكوته رضاء . ويدخل فى ذلك سكوت البكر عند الزواج فهى تتحرج من إظهار الرضاء لا من التصريح بالرفض ، بخلاف الثيب فهى لا تتحرج فى الحالتين . ويدخل فى ذلك أيضا سكوت الشفيع حين علم بالبيع ودلالة السكوت هنا الرفض لا القبول . ويدخل فى ذلك أخير سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى ، وسكوت القن ، وسكوت الزوج عند الولادة ، وسكوت المولى عند ولادة أم ولده ، والسكوت قبل البيع عند الاخبار بالعيب ، والسكوت عند بيع الزوجة أو القريب عقارا ، وسكوت شريك العنان . وقس على ذلك سائر الحالات التى ورد ذكرها فى النصوص .



تمهيـد

الصفحة

مقـدمة

١ ــ الحق الشخصى والحق العينى ومصادر كل منهما فى الفقه الإسلامى

١ ــ الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الاسلامى

أولا ــ الحق الشخصى أو الالتزام

ثانيا ــ الحق العينى

الصفحة

(ا) الحقوق العينية الأصلية

(ب) الحقوق العينية التبعية

٢ ــ حصر مصادر الحق فى الفقه الاسلامى

أولا ــ مصادر الحق الشخصى أو الالتزام

(ا) العقــد

(ب) الارادة المنفردة

(حـ) العمل غير المشروع

الصفحة

(د) الاثراء بلا سبب

(هـ) القانون

ثانيا ــ مصادر الحق العينى

القسم الأول

التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى

تمهيد

تعريف العقد وتقسيماته

(١) تعريف العقد

(٢) تقسيمات العقد

الباب الاول

أركان العقد

الفصل الأول

التراضي

الفرع الأول

وجود التراضي

المبحث الاول ـ صيغة العقد

المطلب الاول ـ التعبير عن الارادة باللفظ

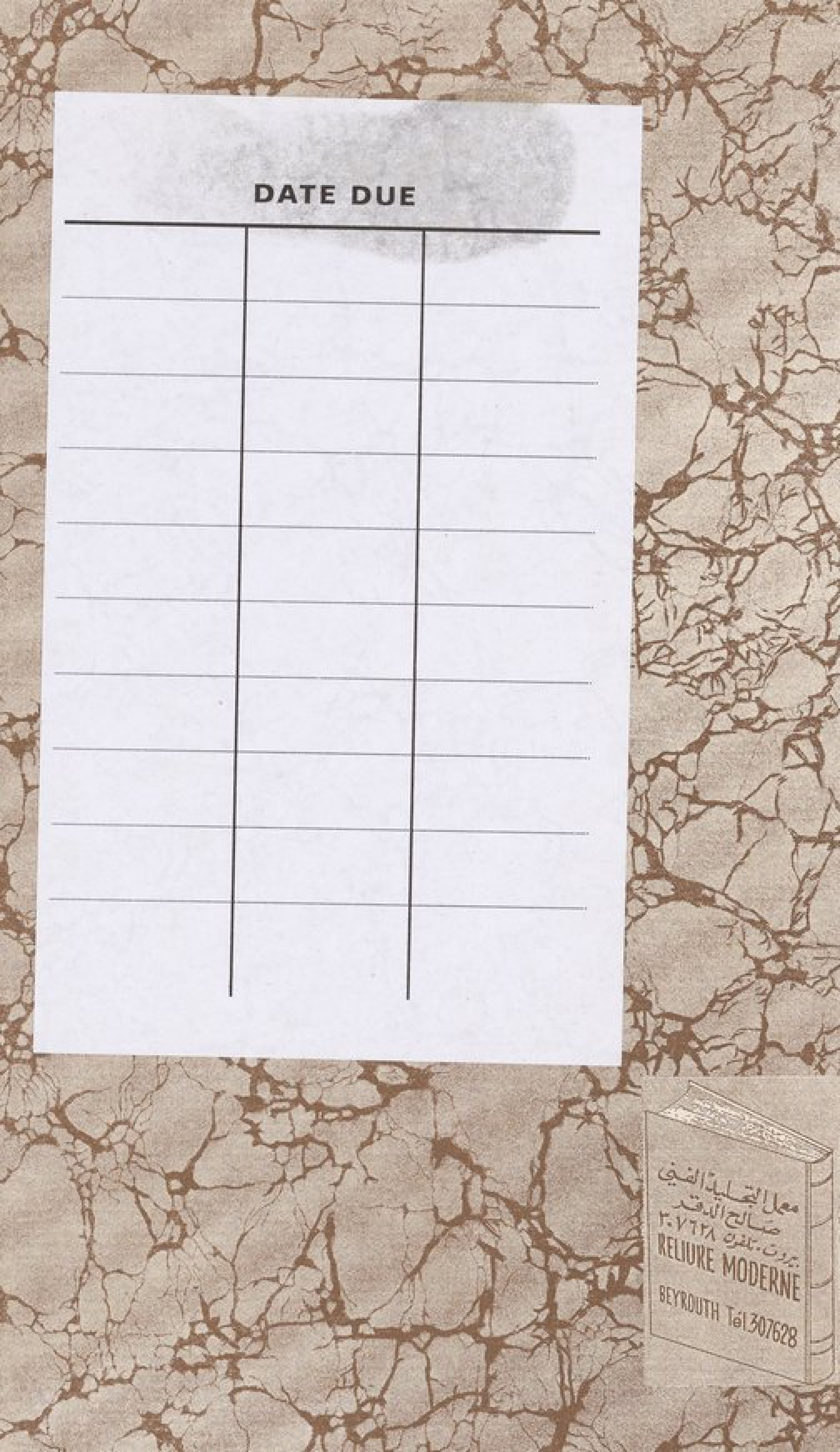
صيغة العقد اللفظية

١ ـ الاخذ بالارادة الظاهرة اذا كانت واضحة

الصفحة

٢ ـ استعراض النصوص الفقهية فى صيغة العقد اللفظية

المطلب الثانى ـ التعبير عن الارادة بمظاهر خارجية غير اللفظ



DATE DUE
معمل التجليد الفني
صالح الدقد
بيروت . تلفون ٣٠٧٦٢٨
RELIURE MODERNE
BEYROUTH Tél.307628


AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES
00538076